

# SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

Prof.mr. N.E.D. Faber

*deel 37*

DE NUMERUS CLAUSUS  
IN HET GOEDERENRECHT







# **DE NUMERUS CLAUSUS IN HET GOEDERENRECHT**

EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE  
OP HET GEBIED VAN DE RECHTSGELEERDHEID

## **PROEFSCHRIFT**

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR  
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN  
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,  
PROF.DR. C.W.P.M. BLOM,  
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN  
OP WOENSDAG 24 JANUARI 2007  
OM 10.30 UUR PRECIES

DOOR

**TEUN HUIB DESIDERIUS STRUYCKEN**

geboren op 30 oktober 1969  
te Nijmegen

**KLUWER – DEVENTER – 2007**

PROMOTORES: PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN  
PROF.MR. C.J.H. JANSEN

Manuscriptcommissie:

- Prof.mr. H.W. Heyman (UU)
- Prof.mr. W. Snijders (UvA)
- Prof.mr. H.L.E. Verhagen

ISBN 90 13 04105 1

Willy Cremers, grafisch ontwerp  
Gonnie Jakobs, lay-out tekst

© 2007, T.H.D. Struycken, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veelelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Voor u ligt een boek dat volgens de auteur ervan - gelet op het onderwerp - ongetwijfeld "alarmingly short" is. Het is gewijd aan de herkomst en de betekenis van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Deze regel van goederenrecht, vaak kortweg aangeduid als de *numerus clausus*, krijgt in de literatuur meestal een beperkte uitleg: partijen kunnen slechts de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten vestigen. Over de rechtvaardiging en reikwijdte van deze regel blijkt echter veel meer te zeggen. De *numerus clausus* wordt namelijk gedragen door grote algemene beginselen en pas in het licht van deze beginselen kan de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem echt worden begrepen. Zij drukt het primaat van de wetgever uit, maar reikt tevens de rechter gezichtspunten aan met behulp waarvan hij de goederenrechtelijke regels kan uitleggen.

Het proefschrift van Struycken bevat negen hoofdstukken. Na een inleiding en verantwoording betreffen de hoofdstukken 2, 3 en 5 respectievelijk de wettelijke verankering, de herkomst en de ratio van de *numerus clausus* en bevat hoofdstuk 4 een rechtsvergelijkend overzicht van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem in een aantal vreemde rechtsstelsels. Hoofdstuk 6 behandelt - uitgaande van de gedachte van een beperkte partijautonomie in het goederenrecht - de mogelijkheden en onmogelijkheden bij de vestiging van beperkte rechten. Hoofdstuk 7 gaat dieper in op andere (on)mogelijke vormen van splitsing van rechten en afsplitsing van bevoegdheden. Hoofdstuk 8 richt zich op de (wetssystematische) gevolgen van de *numerus clausus*, met aandacht voor de inwisselbaarheid van wettelijk toegestane typen goederenrechtelijke rechten en voor het gebruik van verbintenisrechtelijke figuren in plaats van goederenrechtelijke. Hoofdstuk 9 ten slotte weeft de gesponnen draden aaneen tot een eindoordeel over het belang en de toekomst van de *numerus clausus*. Het bevat een opdracht aan de wetgever, rechter en wetenschap.

De studie van Struycken geeft niet alleen de liefhebber van dogmatische exercities de nodige stof ter overdenking, maar bevat ook voor de praktijkjurist veel lezens- en behartigingswaardigs. Het boek nodigt beiden uit tot kritische overpeinzing. De redactie is verheugd dat dit boek in de Serie Onderneming en Recht verschijnt.

S.C.J.J. Kortmann  
N.E.D. Faber

Nijmegen, november 2006

*Patri, patri, patrisque*

# VERKORTE INHOUDSOPGAVE

<b>HOOFDSTUK 1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1 1	Het axioma	1
1 2	De inspiratie	2
1 3	Doelstelling en methode	3
1 4	Plaats van dit onderzoek in de Nederlandse doctrine	4
1 5	Opzet	6
1 6	Terminologische precisering	9
<b>HOOFDSTUK 2</b>	<b>HET BEGRIIP 'NUMERUS CLAUSUS' EN ZIJN VERSCHIJNINGEN</b>	<b>11</b>
2 1	De wettelijke verankering van het gesloten stelsel van het goederenrecht	11
2 2	De beraadslagingen van de wetgever over het goederenrechtelijk systeem	17
2 3	De goederenrechtelijke numerus clausus in de rechtspraak	39
2 4	Gesloten stelsels in andere rechtsgebieden	73
2 5	Reikwijdte van de numerus clausus in het goederenrecht	92
<b>HOOFDSTUK 3</b>	<b>DE HERKOMST VAN HET DOGMA VAN NUMERUS CLAUSUS</b>	<b>121</b>
3 1	Inleiding	121
3 2	De term numerus clausus	122
3 3	Het Ius Commune	124
3 4	De herkomst in het Nederlandse recht	125
3 5	De herkomst in het Duitse recht	170
3 6	Het Nederlandse BW van 1992 in het licht van het zakenrecht in het BGB	205
3 7	Het eigendomsbegrip	222
<b>HOOFDSTUK 4</b>	<b>DE NUMERUS CLAUSUS IN ENIGE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS</b>	<b>241</b>
4 1	Inleiding en verantwoording	241
4 2	De gesloten stelsels in de civil law familie	245
4 3	Een open stelsel in de civil law familie het Franse goederenrecht	248
4 4	Een open stelsel in een gemengd rechtsstelsel het Zuid-Afrikaanse goederenrecht	257
4 5	De Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke stelsels	265
4 6	Conclusie	284
<b>HOOFDSTUK 5</b>	<b>DE RATIO VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>	<b>287</b>
5 1	Het dogmatisch tekort	287
5 2	De verklaring van Foex voor de numerus clausus	290

5 3	De twijfels van Rudden	306
5 4	De rechtseconomische rechtvaardiging voor de numerus clausus van Merrill en Smith	329
5 5	De organisatorische functie van de numerus clausus	350
5 6	Conclusie	356
<b>HOOFDSTUK 6 DE NUMERUS CLAUSUS EN DE VESTIGING VAN BEPERKTE RECHTEN</b>		<b>359</b>
6 1	Vragen(stelling)	359
6 2	De vestiging van beperkte rechten als vorm van splitsing	361
6 3	Stapelning van beperkte rechten	367
6 4	Partijautonomie de uitgangspunten	382
6 5	Het voldoende verbandvereiste	386
6 6	Het subtractieprincipe	401
6 7	Bevindingen	415
6 8	Sanctionering van goederenrechtelijke rechten en plichten	435
6 9	De vormgeving van beperkte rechten in drie dimensies	447
<b>HOOFDSTUK 7 DE NUMERUS CLAUSUS EN ANDERE VORMEN VAN SPLITSING</b>		<b>467</b>
7 1	Inleiding	467
7 2	De fundamenteen voor onsplitsbaarheid	470
7 3	Meijers en de notie van een subjectief recht	473
7 4	Fiduciaire eigendom tot zekerheid	489
7 5	Fiduciaire eigendom tot beheer	512
7 6	Het afgescheiden vermogen als vorm van splitsing	539
7 7	Splitsing in de tijd	549
7 8	Andere varianten van afsplitsing van bevoegdheden	569
7 9	Onsplitsbaarheid de conclusies	605
<b>HOOFDSTUK 8 IMPLICATIES EN CONSEQUENTIES VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>		<b>617</b>
8 1	Inleiding	617
8 2	Goederenrechtelijke alternatieven	624
8 3	Verbintenisrechtelijke alternatieven	649
8 4	Functiewijziging	656
8 5	Samenloop	658
8 6	Conversie	671
<b>HOOFDSTUK 9 DE TOEKOMST VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>		<b>693</b>
9 1	Inleiding	693
9 2	Afscheid van het Savigniaanse model?	695
9 3	Checks en balances	724
9 4	Eindbeoordeling van de numerus clausus	753
9 5	De numerus clausus als opdracht	779



---

Summary	811
Lijst van meest gebruikte werken	829
Wetsartikelenregister	847
Jurisprudentieregister	855
Trefwoordenregister	863
Dankwoord	870
Curriculum vitae	



# INHOUDSOPGAVE

<b>HOOFDSTUK 1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1	Het axioma	1
1.2	De inspiratie	2
1.3	Doelstelling en methode	3
1.4	Plaats van dit onderzoek in de Nederlandse doctrine	4
1.5	Opzet	6
1.6	Terminologische precisering	9
<b>HOOFDSTUK 2</b>	<b>HET BEGRIP 'NUMERUS CLAUSUS' EN ZIJN VERSCHIJNINGEN</b>	<b>11</b>
2.1	De wettelijke verankering van het gesloten stelsel van het goederenrecht	11
2.1.1	Aantal typen (Typenzwang)	12
2.1.2	Inhoud (Typenfixierung)	14
2.1.3	Overdraagbaarheid	15
2.1.4	Wijzen van vestiging en tenietgaan	15
2.1.5	Het fiduciaverbod	16
2.2	De beraadslagingen van de wetgever over het goederenrechtelijk systeem	17
2.2.1	De typen van goederenrechtelijke rechten	17
2.2.2	De wijzen van verkrijging en verlies	24
2.2.3	Het fiduciaverbod en de regeling van bewind	26
2.2.4	Het gesloten systeem van uiterste wilsbeschikkingen	33
2.3	De goederenrechtelijke numerus clausus in de rechtspraak	39
2.3.1	Blaauboer/Berlips	40
2.3.2	De numerus clausus in vroege jurisprudentie	42
2.3.3	Oude zakelijke rechten	50
2.3.4	Kleigraving te Losser	52
2.3.5	De typen van goederenrechtelijke rechten	60
2.3.5.1	Fiduciare eigendom	60
2.3.5.2	Ondererfpacht	64
2.3.5.3	Vruchtgebruik	65
2.3.5.4	Vorrang door middel van een kwaliteitsrekening	66
2.3.6	De wijzen van rechtsverkrijging en -verlies	68
2.3.6.1	Natrekking en het recht van opstal	68
2.3.6.2	Accessoriteit	70
2.3.6.3	Executoriale verkrijging	72
2.3.7	Conclusie	73
2.4	Gesloten stelsels in andere rechtsgebieden	73
2.4.1	Overzicht	74
2.4.1.1	Rechtspersonen	74
2.4.1.2	Waardepapieren	77
2.4.1.3	Verbintenissenrecht	78
2.4.1.4	Verjaring	84
2.4.1.5	Procesrecht	85
2.4.1.6	Fiscaal recht	87

2.4.1.7	Arbeidsrecht	88
2.4.1.8	Huurrecht	89
2.4.2	Conclusie ten aanzien van overige gesloten stelsels	89
2.5	Reikwijdte van de numerus clausus in het goederenrecht	92
2.5.1	Goederenrechtelijke begrippen	93
2.5.1.1	Goederen	93
2.5.1.2	Onderscheidingen	93
2.5.1.3	Het begrip vermogensrecht	95
2.5.1.4	Het begrip goederenrechtelijk recht	100
2.5.1.5	Intellectuele eigendomsrechten	101
2.5.1.6	Het begrip toebehoren	103
2.5.2	Proeve van herformulering	106
2.5.3	Een numerus clausus van absolute rechten	109
2.5.4	Een open stelsel van rechtsobjecten?	115
<b>HOOFDSTUK 3 DE HERKOMST VAN HET DOGMA VAN NUMERUS CLAUSUS</b>		<b>121</b>
3.1	Inleiding	121
3.2	De term 'numerus clausus'	122
3.3	Het <i>Ius Commune</i>	124
3.4	De herkomst in het Nederlandse recht	125
3.4.1	De wet en de wetsontwerpen	127
3.4.1.1	Het oude BW en de Code civil	127
3.4.1.2	De ontwerpen uit 1816 en 1820	129
3.4.1.3	Het ontwerp uit 1898	131
3.4.2	De literatuur	134
3.4.2.1	Diephuis	134
3.4.2.2	Demolombe	137
3.4.2.3	Opzoomer	142
3.4.2.4	Juridische Spectator	144
3.4.2.5	Vemer en Treub	149
3.4.2.6	Land	150
3.4.2.7	Feith	152
3.4.2.8	Meijers	156
3.4.2.9	De preadviezen voor de Broederschap der Notarissen in 1914 in Groningen	161
3.4.2.10	Conclusies	167
3.5	De herkomst in het Duitse recht	170
3.5.1	Het systeem van het zakenrecht in het BGB	170
3.5.1.1	Het vermogensrecht volgens Savigny	171
3.5.1.2	Het zaaksbegrip	174
3.5.1.3	Het eigendomsbegrip	175
3.5.1.4	De numerus clausus	178
3.5.1.5	Onoverdraagbaarheidsbedingen	181
3.5.1.6	Flankerende maatregelen	184
3.5.1.7	Conclusie van Wiegand	185
3.5.1.8	Numerus clausus en de derdenwerking van verbintenissen	187
3.5.2	Ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht	188

3 5 2 1	De huidige stand van het Duitse zakenrecht, de scheuren in het wettelijke systeem	188
3 5 2 2	Nadere analyse van de tendensen in het Duitse vermogensrecht	192
3 5 3	De maatschappelijke context in rechtshistorisch perspectief	196
3 5 3 1	Het eigendomsbegrip en het leenrecht	196
3 5 3 2	De numerus clausus	200
3 6	Het Nederlandse BW van 1992 in het licht van het zakenrecht in het BGB	205
3 6 1	Systeem en indeling van het vermogensrecht	206
3 6 2	Het zaaksbegrip	208
3 6 3	Het eigendomsbegrip	210
3 6 4	De numerus clausus	211
3 6 5	Overdraagbaarheid	216
3 6 6	Causaal stelsel en andere doorwerkingen	217
3 7	Het eigendomsbegrip	222
3 7 1	De wettelijke begripsomschrijving van het eigendomsrecht	222
3 7 2	De kenmerken van het eigendomsbegrip	225
3 7 2 1	Absoluutheid	226
3 7 2 2	Totaliteit	228
3 7 2 3	Abstractheid	230
3 7 2 4	Oneindigheid	232
3 7 2 5	Uniformiteit	234
3 7 2 6	Individualistisch	235
3 7 3	De andere goederenrechtelijke rechten	237
<b>HOOFDSTUK 4 DE NUMERUS CLAUSUS IN ENIGE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS</b>		<b>241</b>
4 1	Inleiding en verantwoording	241
4 1 1	David en Lawson	241
4 1 2	Verantwoording	242
4 2	De gesloten stelsels in de civil law familie	245
4 3	Een open stelsel in de civil law familie het Franse goederenrecht	248
4 3 1	De Code civil	248
4 3 2	Doctrinaire verdeeldheid	250
4 3 3	Het Franse recht in de praktijk	252
4 3 4	Clausulering	256
4 4	Een open stelsel in een gemengd rechtsstelsel het Zuid-Afrikaanse goederenrecht	257
4 4 1	Uitbreiding van het aantal zakelijke rechten	257
4 4 2	Criteria voor verzakelijking	260
4 4 3	Een kwestie van rechterlijke motivering	264
4 5	De Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke stelsels	265
4 5 1	De numerus clausus als dogmatisch novum	265
4 5 2	De mythe van de openheid	268
4 5 3	Bevindingen	273
4 5 4	Art 9 UCC de numerus clausus voorbij	275
4 5 5	De trust als breekijzer	278
4 6	Conclusie	284

<b>HOOFDSTUK 5 DE RATIO VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>	<b>287</b>
5 1 Het dogmatisch tekort	287
5 2 De verklaring van Foex voor de numerus clausus	290
5 2 1 De vijf functies volgens Foex	290
5 2 1 1 Publiciteit ( <i>fonction de publicite</i> )	290
5 2 1 2 Eenvoud en voorspelbaarheid ( <i>fonction de clarification</i> )	293
5 2 1 3 Bescherming van de vrijheid van eigendom ( <i>fonction de protection de la liberte de la propriete</i> )	297
5 2 1 4 Verwezenlijking van een ethisch belang ( <i>fonction d ordre ethique, d ordre moral</i> )	301
5 2 1 5 Ondersteuning van andere beginselen van het goederenrecht ( <i>fonction d appoint d autres principes de nos droits reels</i> )	304
5 2 2 Kanttekening bij de verklaring van Foex	305
5 3 De twijfels van Rudden	306
5 3 1 De juridische argumenten	307
5 3 2 De economische argumenten	311
5 3 3 Kanttekeningen bij de beschouwingen van Rudden	322
5 4 De rechtseconomische rechtvaardiging voor de numerus clausus van Merrill en Smith	329
5 4 1 Basisbegrippen van de rechtseconomie	329
5 4 2 Information costs en standaardisering	331
5 4 3 Frustratie en optimalisering	334
5 4 4 Publiciteit als matigende factor	337
5 4 5 De kritiek van Hansmann en Kraakman	342
5 4 6 Conclusie rechtseconomie	347
5 5 De organisatorische functie van de numerus clausus	350
5 6 Conclusie	356
 <b>HOOFDSTUK 6 DE NUMERUS CLAUSUS EN DE VESTIGING VAN BEPERKTE RECHTEN</b>	 <b>359</b>
6 1 Vragen(stelling)	359
6 2 De vestiging van beperkte rechten als vorm van splitsing	361
6 2 1 Twee modellen	361
6 2 2 De keuze van de wetgever	363
6 3 Stapeling van beperkte rechten	367
6 3 1 Het stapelingsverbod bestaat	368
6 3 2 ondanks de stapelingsbepalingen	369
6 3 3 niet!	373
6 3 4 Stapeling en het opstalrecht	379
6 4 Partijautonomie de uitgangspunten	382
6 5 Het voldoende verbandvereiste	386
6 5 1 De parlementaire geschiedenis en de wet	386
6 5 2 De Hoge Raad	391
6 5 3 Nadere invulling in de doctrine	394
6 6 Het subtractieprincipe	401
6 6 1 Het subtractieprincipe bestaat	401
6 6 2 ondanks de bedenkingen	403
6 6 3 en gezien nadere analyse	407

6.6.4	... vermoedelijk wel ...	409
6.6.5	... voor verplichtingen in faciendo	412
6.7	Bevindingen	415
6.7.1	Het arrest uit 1977 herbezien	415
6.7.2	Gevolgen voor het moederrecht	418
6.7.2.1	Voorbeelden	419
6.7.2.2	Dogmatische duiding	421
6.7.3	Derdenwerking van niet-goederenrechtelijke plichten en rechten	422
6.7.3.1	Verbintenissen met derdenwerking	422
6.7.3.2	Verschillen?	425
6.7.4	Synthese	427
6.7.5	Casuïstiek	431
6.8	Sanctionering van goederenrechtelijke rechten en plichten	435
6.8.1	De doctrine	436
6.8.2	De rechtspraak	439
6.8.3	De wetgever	441
6.8.4	Rank-Berenschot, Du Perron en het subtractieprincipe	445
6.9	De vormgeving van beperkte rechten in drie dimensies	447
6.9.1	Beperkingen in de inhoud	448
6.9.1.1	Inhoudelijke afbakening van de bevoegdheden	449
6.9.1.2	Ruimtelijke afbakening van de bevoegdheden	450
6.9.2	Beperkingen in de ruimte	453
6.9.2.1	Verticale splitsing	453
6.9.2.2	Horizontale splitsing	455
6.9.2.3	Footprint-constructie	461
6.9.3	Beperkingen in de tijd	463
6.9.4	Besluit	466

## HOOFDSTUK 7 DE NUMERUS CLAUSUS EN ANDERE VORMEN VAN SPLITSING

7.1	Inleiding	467
7.2	De fundamenteën voor onsplitsbaarheid	470
7.2.1	Het wettelijk kader	470
7.2.2	Suïjling	471
7.3	Meijers en de notie van een subjectief recht	473
7.3.1	Inleiding	473
7.3.2	Functies van het begrip subjectief recht	475
7.3.3	Kenmerken van een subjectief recht	477
7.3.4	Criteria voor de erkenning van een subjectief recht	479
7.3.5	Onvolkomen gevallen	485
7.3.6	Het begrip vermogensrecht in art. 3:6 BW	487
7.4	Fiduciaire eigendom tot zekerheid	489
7.4.1	Ontstaan en vormgeving in de rechtspraak	489
7.4.2	De algemene rechtsleer van Meijers	494
7.4.3	De interpretatie van het verbod van fiduciaire overdracht cum creditore	500
7.4.3.1	Het Sogelease-arrest	500
7.4.3.2	Sogelease gezien door de bril van Meijers	502
7.4.3.3	Het motief van zekerheidsverschaffing	504

7 4 3 4	De gevolgen voor de betrokken partijen	506
7 4 3 5	De ex post-beschouwingen van de wetgever	508
7 4 4	Conclusie	510
7 5	Fiduciaire eigendom tot beheer	512
7 5 1	Inleiding	512
7 5 2	De trust	513
7 5 2 1	De klassieke analyse van de Engelse trust	513
7 5 2 2	De oude benadering van Uniken Venema	516
7 5 2 3	De nieuwe benadering van Uniken Venema	518
7 5 3	De algemene rechtsleer van Meijers	520
7 5 3 1	De begripsmatige dimensie	520
7 5 3 2	De rechtspolitieke dimensie	522
7 5 3 3	Bewind en andere wettelijke regelingen	523
7 5 3 4	Tegentendensen	526
7 5 4	Zekerheid in trust	528
7 5 4 1	De trusthypotheek	528
7 5 4 2	Syndicaatszekerheden	530
7 5 5	De kwaliteitsrekening	532
7 5 6	De hoogste tijd voor titel 3 6 BW	536
7 6	Het afgescheiden vermogen als vorm van splitsing	539
7 6 1	Verschijningsvormen	539
7 6 2	Kenmerken	540
7 6 3	Splitsing	542
7 6 4	De algemene rechtsleer van Meijers	545
7 6 5	Een wettelijke grondslag	547
7 7	Splitsing in de tijd	549
7 7 1	De strikte leer van Suijling	549
7 7 2	Voorwaardelijke eigendom als vorm van temporele splitsing	551
7 7 2 1	Goederenrechtelijke werking	551
7 7 2 2	Splitsing?	553
7 7 2 3	En wat vond Meijers?	559
7 7 3	Overdracht onder tijdsbepaling als vorm van temporele splitsing	560
7 7 3 1	Wettelijk kader	560
7 7 3 2	Praktische consequenties	562
7 7 3 3	Ratio van art 3 85 BW	564
7 7 4	Conclusie ten aanzien van splitsing in de tijd	567
7 8	Andere varianten van afsplitsing van bevoegdheden	569
7 8 1	Het uitgangspunt	569
7 8 2	De actie- en revindicatiebevoegdheid	573
7 8 3	Het <i>ius disponendi</i>	575
7 8 3 1	Bevoegdheden tot beschikking	575
7 8 3 2	Machtiging	578
7 8 3 3	Privatieve last	586
7 8 4	De bevoegdheid tot inning van vorderingen	592
7 8 5	Enige erfrechtelijke bevoegdheden	596
7 8 5 1	De testeerbevoegdheid	596
7 8 5 2	De bevoegdheden van een legitimaris	598
7 8 5 3	Vervallenverklaring van een testamentaire last	600
7 8 6	Conclusie een proeve van classificatie van bevoegdheden	602
7 9	Onsplitsbaarheid de conclusies	605



79 1	Een numerus clausus van goederenrechtelijke bevoegdheden	605
79 1 1	Synthese	605
79 1 2	Een rechtsfiguur van eigen aard	607
79 1 3	De alternatieve benadering van het afgescheiden vermogen	609
79 1 4	Een drieslag van bevoegdheden	610
79 1 5	Een richtsnoer voor de wetgever	611
79 2	Beleidsmatige kader van onplitsbaarheid	613
79 2 1	De overbedelingsdimensie	613
79 2 2	De verhandelbaarheidsdimensie	614
79 3	Adhesiebetuiging	615
<b>HOOFDSTUK 8 IMPLICATIES EN CONSEQUENTIES VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>		617
8 1	Inleiding	617
8 1 1	Drie nadere vragen	617
8 1 2	Inspiratie Heck	618
8 1 3	De bedoeling van de wetgever	619
8 1 4	Systematische rechtsvinding en <i>der negativer Satz</i>	621
8 1 5	Wetsonduiking	623
8 2	Goederenrechtelijke alternatieven	624
8 2 1	De inwisselbaarheid van de verschillende typen beperkte rechten	625
8 2 1 1	Opstal, vruchtgebruik en huur	625
8 2 1 2	Erfpacht, horizontale splitsing en footprint	627
8 2 1 3	Eeuwigdurende erfpacht	632
8 2 1 4	De trukendoos van Kleijn	634
8 2 2	Gemeenschapsconstructies	636
8 2 3	Alternatieve constructies op basis van rechtspersoonlijkheid	638
8 2 4	Levering onder ontbindende voorwaarde	641
8 2 4 1	Simulerende constructies	641
8 2 4 2	Beteugeling van het Trojaanse paard	644
8 2 4 3	Een voorwaarde en tijdsverloop	646
8 2 5	Conclusie	648
8 3	Verbintenisrechtelijke alternatieven	649
8 3 1	Aanvullende verbintenisrechtelijke arrangementen	650
8 3 2	Vervangende verbintenisrechtelijke arrangementen	651
8 3 3	Een quasi-verbintenisrechtelijk curiosum?	653
8 4	Functiewijziging	656
8 5	Samenloop	658
8 5 1	Algemene inleiding	658
8 5 2	Beginselen van samenloop	661
8 5 3	Lessen van art 6:215 BW	663
8 5 4	De bijzondere samenloopregel in art 3:85 BW	670
8 6	Conversie	671
8 6 1	Dogmatisch kader	671
8 6 2	Art 3:42 BW in goederenrechtelijk perspectief	672
8 6 3	Voorwaarden voor conversie	674
8 6 4	Restrictieve conversie	678
8 6 5	Gevolgen van de Kadasterwet en het registerstelsel	681
8 6 6	Synthese en casuïstiek	684

8 6 6 1	Obligatoire werking	685
8 6 6 2	Goederenrechtelijke alternatieven	686
8 6 6 3	Herinterpretatie van art 24 lid 4 Kadasterwet	688
8 6 7	Conclusie	689
<b>HOOFDSTUK 9 DE TOEKOMST VAN DE NUMERUS CLAUSUS</b>		693
9 1	Inleiding	693
9 2	Afscheid van het Savigniaanse model?	695
9 2 1	De scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht	695
9 2 1 1	De dichotomie en de versterking van obligatoire rechten	696
9 2 1 2	De nieuwe interpretatie van Smits	706
9 2 2	Het eigendomsbegrip	713
9 2 2 1	Tendensen	714
9 2 2 2	Van Velten over gereguleerde eigendom	717
9 3	Checks en balances	724
9 3 1	De zeef	724
9 3 2	Goederenrechtelijke imprevisie	726
9 3 3	Redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en relativering	734
9 3 3 1	De redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht	734
9 3 3 2	Misbruik van bevoegdheid	739
9 3 3 3	Synthese relativering	741
9 3 4	Derdenbescherming	746
9 3 5	Evaluatie	747
9 4	Eindbeoordeling van de numerus clausus	753
9 4 1	Rechtspoliteke en beleidsmatige achtergronden	753
9 4 1 1	Bescherming van vrijheden de ethische dimensie	753
9 4 1 2	Bevordering van de handel de economische dimensie	756
9 4 1 3	Wetgevingstechniek de organisatorische dimensie	759
9 4 1 4	Conclusie dwingend recht	760
9 4 2	Het primaat van de wetgever	762
9 4 2 1	Wetgever en rechter	762
9 4 2 2	Rechtvaardiging	765
9 4 2 3	De passieve wetgever	766
9 4 2 4	Het proces van wetgeving	768
9 4 2 5	Conclusie	770
9 4 3	De praktijk als rechtsbron	772
9 4 4	Legisme	776
9 5	De numerus clausus als opdracht	779
9 5 1	Naar een gesloten systeem van beginselen van goederenrecht	780
9 5 1 1	De sprong naar de beginselen	780
9 5 1 2	De beginselen van het Nederlandse goederenrecht een voorschot	784
9 5 1 3	Een algemene goederenrechtsleer voor Europa	794
9 5 1 4	De beginselen en de numerus clausus	796
9 5 2	De wetenschap en pandektistische stijl	802
9 5 3	De numerus clausus als directief	806
9 5 3 1	De numerus clausus als directief aan de rechter	807
9 5 3 2	De numerus clausus als directief aan de wetgever	808

---

Summary	811
Lijst van meest gebruikte werken	829
Wetsartikelenregister	847
Jurisprudentieregister	855
Trefwoordenregister	863
Dankwoord	870
Curriculum vitae	



## INLEIDING

### 1.1 Het axioma

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is 'een regel' van het Nederlandse privaatrecht <sup>1</sup> Onder het gesloten stelsel verstaat men in de Nederlandse literatuur algemeen het uitgangspunt dat partijen in het rechtsverkeer alleen de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten kunnen vestigen en dus niet zelf nieuwe typen goederenrechtelijke rechten kunnen creëren Een door partijen geschapen recht is alleen een goederenrechtelijk recht indien het kan worden gebracht onder de definitie van één van de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten <sup>2</sup> De in de wet geregelde catalogus van goederenrechtelijke rechten wordt ook, vooral in de buitenlandse literatuur, aangeduid als de *numerus clausus* De *numerus clausus* is dan de beperking van de mogelijkheden voor partijen om goederenrechtelijke rechten naar believen vorm te geven De *numerus clausus* kanaliseert de partijautonomie in het goederenrecht

Volgens sommigen strekt de *numerus clausus* verder dan een beperking van de partijautonomie bij de vormgeving van beperkte rechten De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem wordt dan ook betrokken op de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies, op de mogelijkheden tot afsplitsing van bevoegdheden en op de begripsmatige uitgangspunten van het goederenrecht <sup>3</sup> Hiermee wordt aan het gesloten stelsel een aanzienlijk ruimere reikwijdte toegekend Ook in de buitenlandse literatuur wordt meestal een ruimere invulling gegeven aan de *numerus clausus*, ook al lijkt deze term beperkter dan de in Nederland gangbare zegswijze van een gesloten systeem <sup>4</sup>

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem heeft axiomatische trekken Betekenis noch rechtvaardiging ervan hebben veel aandacht gekregen Dat is de indruk die men overhoudt aan lezing van Nederlandse

---

1 Aldus de Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p 2, sub 1, waar wordt gesproken van de regel dat het Zakenrecht een gesloten systeem vormt

2 Aldus de Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p 3, sub 3

3 Aldus bijvoorbeeld A V M Struycken, Verslag NVIR, no 88, mei 1984, p 20

4 Zie over de termen nog § 1 6

handboeken over het vermogensrecht.<sup>5</sup> In het beste geval treft men in de inleidende beschouwingen een korte vermelding van de *numerus clausus* of het gesloten systeem aan, waarin het als een algemeen beginsel of als een dogma wordt gepresenteerd. De herkomst en de betekenis worden kennelijk vanzelfsprekend geacht. Voor het overige treft men in de doctrine een meestal incidentele verwijzing naar dit axioma, daar waar omstredden nieuwe goederenrechtelijke figuren worden besproken.<sup>6</sup>

## 1.2 De inspiratie

In de jaren negentig werd de Nederlandse wetgever met een dergelijke omstreden figuur geconfronteerd: de trust.<sup>7</sup> Deze goederenrechtelijk ingerichte beheersconstructie van Engelse origine werd geacht meer dan enig ander goederenrechtelijk fenomeen wezensvreemd te zijn aan het Nederlandse recht.<sup>8</sup> Ten tijde van de ratificatie van het Haagse Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, tot stand gekomen in oktober 1984, was het onvermijdelijk de grenzen van het Nederlandse goederenrechtelijk systeem te verkennen.<sup>9</sup> De *numerus*

5 Zie Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 39; Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 3-II, Zakelijke rechten, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 2; Pitlo/Reehuis, Goederenrecht, 12<sup>e</sup> druk 2006, nrs. 21 en 591; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, 3<sup>e</sup> druk 2001, nrs. 78-79 en 455; H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W., 1986, p. 15 en 117; A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. NBW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24, en Compendium Vermogensrecht voor de rechtspraktijk, 6<sup>e</sup> druk 2005, nr. 43, Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht, 9<sup>e</sup> druk 2005, nr. 105; C.C. van Dam en A.J. Verheij (red.), Privaatrecht als opdracht, 6<sup>e</sup> druk 2001, § 6.2; A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 2.4.3; J.E. Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 3<sup>e</sup> druk 2005, h. 1.B, p. 7 en 15. Zie verder met name J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940, nrs 1 en 75-77.

6 De term axioma is gebruikt door J.B. Vegter, WPNR 6112 (1993), § 7, p. 804, en door J.H. Dalhuisen, European Private Law: Moving from a Closed to an Open System of Proprietary Rights, Edinburgh L. Rev. 5 (2001) p. 14: "The axiomatic nature of the *numerus clausus* seems to have eliminated any profound discussion of the reason behind, and the criteria for, the selection of proprietary rights."

7 In de rechtspraktijk en in de literatuur wordt reeds sinds het begin van de twintigste eeuw aandacht besteed aan de trustfiguur. Zie C.J.H. Jansen, De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht, oratie KUN, 1999, p. 26-30, met verdere verwijzingen.

8 Vgl. MvA II Inv. bij art. 3:84 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1201.

9 Vgl. het rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht d.d. 25 oktober 1991, in: Staatscommissie IPR, Geselecteerde adviezen, T.M.C. Asser Instituut, 1995, p. 255-259 op 257 (§ 4), en de parlementaire stukken bij de wetsvoorstellen in verband met de ratificatie van het Trustverdrag, vooral MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), Kamerstukken II, 1992-1993, 23 027,

clausus, en meer algemeen de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem, waren in het geding.

Het internationaal privaatrecht voorziet ook op andere wijze in inspiratie tot een studie over de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem: op 16 mei 1997 wees de Hoge Raad een arrest over de verwijzingsregel voor cessie van vorderingen op naam.<sup>10</sup> Zijn beslissing brengt mee dat partijen de vrijheid hebben om te kiezen welk goederenrechtelijk systeem van toepassing is op de formaliteiten en de rechtsgevolgen van de door hen beoogde cessie.

Een derde bron van inspiratie voor deze studie vormt de beschikbare kennis uit rechtsvergelijking. In algemene rechtsvergelijkende studies over goederenrecht zijn de meest uitvoerige, maar toch nog beperkte beschouwingen over de *numerus clausus* te vinden. Pregnant is meestal de stelling dat *numerus clausus* de continentale goederenrechtelijke stelsels (meestal aangeduid als de *civil law countries*) typeert, terwijl afwezigheid van een dergelijk dogma kenmerkend is voor de Anglo-Amerikaanse rechtssystemen (aangeduid als de *common law countries*).<sup>11</sup> Deze stelling zet aan tot denken over het belang van de *numerus clausus* en versterkt de nieuwsgierigheid naar wat ermee wordt beoogd. Maar ook rijst de vraag of de stelling juist is.

### 1.3 Doelstelling en methode

De herkomst en de betekenis van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten en meer algemeen van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem vormen het onderwerp van deze studie. Het doel is meer inzicht te krijgen in ten eerste de wetssystematische functie, ten tweede de ratio van de *numerus clausus* en ten derde de consequenties van de *numerus clausus*. Deze inzichten zijn van belang voor de ontwikkeling van het goederenrecht, mede in verband met mogelijke Europees-communautaire initiatieven tot harmonisatie van delen van het goederenrecht van de lidstaten.<sup>12</sup>

---

nr. 3, o.a. p. 18: "Dat de trustee in feite als eigenaar van het trustvermogen optreedt maar dat dit vermogen onvatbaar is voor verhaal door zijn schuldeisers lijkt inderdaad haaks te staan op de dwingende beginselen van het Nederlandse recht. Het in artikel 84, derde lid, Boek 3 BW neergelegde beginsel (...) lijkt zelfs een regelrechte ontkenning van de trustfiguur op te leveren."

10 HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 m.nt. ThMdB (Brandsma q.q./Hansa Chemie).

11 Zie voor vindplaatsen de inleiding van het rechtsvergelijkend hoofdstuk 4.

12 Op heel specifieke deelgebieden is de Europese gemeenschap nu al actief met wetgeving die direct of indirect van invloed is op het goederenrecht van de lidstaten. Voorbeelden zijn de Richtlijn financiële-zekerheidsovereenkomsten (2002/47/EG

Om meer inzicht te krijgen in de functie en de achtergronden van de *numerus clausus* bestaat het onderzoek uit een rechtshistorische en een rechtsvergelijkende component. De bevindingen hebben geleid tot een brede afbakening van het wetssystematische verband van de *numerus clausus*. Daardoor is de focus niet alleen op de *numerus clausus* gericht, maar ook op een aantal verwante rechtsbegrippen, zoals eigendom, beperkt recht en subjectief recht. De *numerus clausus* in dit brede verband betreft in essentie de grenzen van de partijautonomie in het goederenrecht. Dit thema wordt op dogmatische wijze uitgewerkt door richtsnoeren te ontleenen aan het systeem van de wet, de bedoelingen van de wetgever en de rechtspraak. Het onderzoek naar de betekenis van de *numerus clausus* betreft daarmee ook de consequenties van de *numerus clausus* voor de mogelijkheden om in het rechtsverkeer nader vorm te geven aan goederenrechtelijke verhoudingen, zoals die besloten liggen in het stelsel van de wet.<sup>13</sup>

Voor de vorming van een oordeel over de betekenis en het nut van de *numerus clausus* in het Nederlandse goederenrecht zijn niet alleen argumenten ontleend aan de dogmatische analyse van de bedoelingen van de wetgever, het systeem van de wet, de rechtspraak, de rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking, maar ook aan de rechtseconomische analyses die vooral in de Verenigde Staten van de *numerus clausus* zijn gemaakt.

## 1.4 Plaats van dit onderzoek in de Nederlandse doctrine

In de Nederlandse juridische wetenschap staat de *numerus clausus* als zodanig pas sinds kort in de belangstelling, met name in opstellen van Nève, Smits en Van Erp.<sup>14</sup> Niet eerder is aan de *numerus clausus* en aan de ge-

---

van 6 juni 2002) en de Richtlijn betalingsachterstanden (2000/35/EG van 29 juni 2000) vanwege de invloed op het eigendomsvoorbehoud, de Richtlijn inzake teruggave van cultuurgooederen (93/7/EEG) en wellicht ook de richtlijn inzake timeshare (94/47/EG van 26 oktober 1994). Zie hierover J.H.M. van Erp, *De osmose van het Nederlands en Europees goederenrecht*, NTBR 2004/10, nr. 92, p. 533-546.

13 Het onderzoek is gestart kort na de inwerkingtreding van het nieuwe BW, hetgeen verklaart dat veel aandacht is besteed aan het stelsel van de wet en de bedoelingen van de wetgever. Kort voor afsluiting van het onderzoek verscheen het proefschrift van Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht - Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, diss. Groningen, 2006. Het is vermoedelijk niet toevallig dat dit onderzoek in ongeveer dezelfde periode is gestart.

14 P.L. Nève, *Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten*, in: *Op recht (Struyckenbundel)*, 1996, p. 223-232; J.M. Smits, *Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten*, GOM XIII (1996), p. 41-64; en J.H.M. van Erp, *A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?*, in:



slotenheid van het goederenrechtelijk systeem een proefschrift gewijd. Wel zijn studies verschenen over het onderscheid tussen rechten met een zakelijk karakter en die met een persoonlijk karakter. Rank-Berenschot schreef over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht en kwam tot een nieuwe definitie van het begrip beperkt recht.<sup>15</sup> Zij bouwde daarmee voort op het werk van Kisch, die in zijn dissertatie uit 1932 alle toen bestaande theorieën over de onderscheiding van zakelijke en persoonlijke rechten heeft verworpen, en heeft getracht een nieuwe theorie op te bouwen.<sup>16</sup> Aan het onderscheid is later ook aandacht besteed door Eggens<sup>17</sup>, terwijl Zwitser in zijn dissertatie<sup>18</sup> de materie primair vanuit de invalshoek van het verbintenissenrecht heeft gezien. De derdenwerking van obligatoire verhoudingen staat eveneens centraal in de dissertatie van Du Perron.<sup>19</sup>

In deze studie blijven de criteria voor het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten, evenals de definitie van elk van beide typen vermogensrechten, - voor zover mogelijk - buiten beschouwing. Alleen rechtsfiguren met een onbetwist goederenrechtelijk karakter en rechtsfiguren met belangrijke goederenrechtelijke trekken zoals de kwalitatieve verplichting komen aan bod. Dat hangt samen met de hierboven geformuleerde doelen: enerzijds analyse van de herkomst en de ratio van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem en anderzijds inventarisatie van de ruimte binnen het goederenrechtelijk systeem voor partijautonomie. De goederenrechtelijke kant van het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten kan beter op waarde worden geschat na

---

Het plezier van de rechtsvergelijking (Hondiusbundel), geschriften NVVR, nr. 63, 2003, p. 39-52. Het opstel van Smits komt uitvoerig in § 9.2.1.2 aan de orde. Vgl. voor België: Vincent Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? - Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, oratie Leuven 2005, TPR 2005, p. 983-1086.

- 15 E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, diss. Leiden, 1992.
- 16 I. Kisch, Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten, diss. Amsterdam, 1932.
- 17 J. Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Mededelingen KNAW, Nieuwe Reeks, deel 23, nr. 7 (1960), p. 187-204, ook afgedrukt in de Eggensbundel, 1998, p. 455-473. De rede van Eggens komt nader in § 9.3.3.3 aan de orde.
- 18 R. Zwitser, Rond art. 1376 BW; Overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden, 1984.
- 19 C.E. du Perron, Overeenkomst en derden, diss. Amsterdam, 1999. Zie ook C.B. Schutte, Derdenwerking in het Europese vermogensrecht - Het rechtsverschijnsel derdenwerking theoretisch en vergelijkend onderzocht, Kluwer Post Scriptum Reeks 1996.

een analyse van het systeem van het goederenrecht en het dogma van de *numerus clausus*.

## 1.5 Opzet

Deze studie bestaat uit negen hoofdstukken. De hoofdstukken 2, 3 en 4 betreffen het bestaan van de *numerus clausus*, bezien in het licht van respectievelijk de wet, de herkomst en het buitenlandse recht. Hoofdstuk 5 analyseert de ratio van de *numerus clausus* en de hoofdstukken 6, 7 en 8 de implicaties en consequenties van de *numerus clausus*. In het afsluitende hoofdstuk 9 wordt een oordeel over de *numerus clausus* gegeven en wordt zijn toekomst geschetst. De internationaal privaatrechtelijke aspecten van de *numerus clausus* komen niet aan de orde.<sup>20</sup>

Eerst wordt in hoofdstuk 2 geïnventariseerd in welke wettelijke regels de *numerus clausus* is neergelegd. Beschreven wordt in hoeverre de *numerus clausus* is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van het thans geldende BW van 1992 en in de nog relevante Nederlandse rechtspraak sinds het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw. Ook wordt een overzicht gegeven van gesloten stelsels in andere rechtsgebieden dan het vermogensrecht, zodat meer zicht ontstaat op het denkmodel achter een gesloten stelsel. Het hoofdstuk over het begrip *numerus clausus* wordt in § 2.5 afgesloten met een beschouwing over de reikwijdte van de *numerus clausus* in verband met eventuele 'nieuwe absolute rechten'. Daarvoor is een analyse van de begrippen goederenrecht en vermogensrecht zinvol.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de herkomst van het dogma van de *numerus clausus* onderzocht, zowel in de Nederlandse als in de Duitse rechtsgeschiedenis. Uit deze historische schets komt naar voren dat de *numerus clausus* in het goederenrecht onderdeel uitmaakt van het model voor de vormgeving van het vermogensrecht dat door Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) is uitgedacht en in de Pandektistiek is uitgebouwd. Hoofdstuk 3 wordt afgesloten met een analyse van het BW en het Nederlandse eigendomsbegrip in het licht van het Savigniaanse model.

Op dit rechtshistorische onderzoek volgt in hoofdstuk 4 een rechtsvergelijkend overzicht van de mate waarin de *numerus clausus* deel uitmaakt van andere buitenlandse rechtssystemen.

---

20 Zie hiervoor m.n. de nog te verschijnen bijdrage van H.L.E. Verhagen aan de reeks van de Studiekring Offerhaus.

De bestudering van het bestaan en de herkomst van de numerus clausus in deze hoofdstukken mondt in hoofdstuk 5 uit in een analyse van de ratio voor de numerus clausus op basis van vooral buitenlandse doctrinaire beschouwingen. Met de hoofdstukken 2 tot en met 5 is dus beoogd antwoord te geven op de vraag waaruit blijkt dat de numerus clausus deel uitmaakt van het Nederlandse goederenrecht, op de vraag waar de numerus clausus vandaan komt en op de vraag wat de rechtvaardiging voor de numerus clausus is.

De numerus clausus wordt vooral verstaan als een verbod om nieuwe typen beperkte rechten te creëren. Partijen kunnen alleen de in de wet geregelde beperkte rechten vestigen en zij kunnen de inhoud ervan alleen aanvullen of beperken voor zover de wet daartoe ruimte biedt. De mogelijkheden en onmogelijkheden bij de vestiging van de in de wet geregelde beperkte rechten staan centraal in hoofdstuk 6.

Hiervoor is het nuttig eerst te beschrijven dat in het wettelijk systeem aan de vestiging van beperkte rechten het afsplitsingsmodel ten grondslag ligt. Dit betekent dat de vestiging van een beperkt recht wordt gezien als de afsplitsing van een pakket bevoegdheden uit een meer omvattend recht. Het eigendomsbegrip in verband met het afsplitsingsmodel bepaalt mede de kaders voor de vrijheid van partijen om een goederenrechtelijk recht naar believen vorm te geven. Vervolgens wordt een beschrijving gegeven van drie algemene richtsnoeren voor de vestiging en de vormgeving van goederenrechtelijke rechten: ten eerste het 'subtractieprincipe' dat zou meebrengen dat bij de vestiging van een beperkt recht geen verplichtingen aan de beperkt gerechtigde opgelegd kunnen worden, ten tweede het 'stapelingsverbod' dat zou meebrengen dat de vestiging van beperkte rechten op andere beperkte rechten ten dele onmogelijk is, en ten derde het 'voldoende verbandvereiste' voor de vormgeving van de inhoud van beperkte rechten. De wetgever heeft het 'voldoende verbandvereiste' uitdrukkelijk in verband met de numerus clausus geformuleerd.

In hoofdstuk 6 wordt ook aandacht besteed aan de wetssystematische inbedding van rechtsgeldige contractuele constructies en van wettelijke elementen van de goederenrechtelijke rechten die zich moeilijk laten verenigen met de rechtsbegrippen die aan het systeem ten grondslag liggen, zoals de op een goederenrechtelijk gerechtigde rustende plichten, soms zakelijke plichten genoemd, meer in het bijzonder waar het gaat om verplichting tot een doen (*in faciendo*).

Waar de afsplitsing van bevoegdheden in de vorm van één van de in de wet geregelde beperkte rechten aan de orde komt in hoofdstuk 6, betreft

hoofdstuk 7 andere vormen van splitsing van rechten en afsplitsing van bevoegdheden. De hypothese van dit hoofdstuk is dat de mogelijkheden hiertoe eveneens deel uitmaken van de numerus clausus. De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem betekent dan de onsplitsbaarheid van rechten op andere wijzen dan in de wet bepaald, zoals beschreven in de hoofdstukken 6 en 7.

Het thema van de splitsing van rechten anders dan door de vestiging van een beperkt recht raakt aan een breed scala van onderwerpen. Met name de fiduciaire vormen van eigendom, waarbij de gerechtigde tot een goed een ander is dan de belanghebbende bij dat goed, komen aan de orde. Het gaat dan om beheerseigendom, zekerheidseigendom en voorwaardelijke eigendom. Vaak wordt ook de figuur van het afgescheiden vermogen als een vorm van splitsing aangemerkt. In hoofdstuk 7 wordt ten slotte geanalyseerd in hoeverre met betrekking tot een goed bevoegdheden kunnen worden toegekend aan een ander dan de rechthebbende. Het begrip subjectief recht speelt daarbij een grote rol. Ook zal blijken dat in het systeem van het BW bevoegdheden met betrekking tot een goed van een ander bestaan die niet als subjectief recht moeten worden aangemerkt; deze bevoegdheden, die in bijzondere wettelijke gevallen van rechtswege worden toegekend, zijn tegenwerpelijk aan derden, maar dienen te worden onderscheiden van de subjectieve goederenrechtelijke rechten.

In hoofdstuk 8 staan de gevolgen van de numerus clausus centraal. In drie nadere vragen komt nog een aantal aspecten van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem aan de orde. Het gaat daarbij om de vraag of het rechtsregime voor het ene type goederenrechtelijk recht kan worden ontweken door een ander type te nemen en dit andere type te hermoduleren en 'aan en uit te kleden'. Deze vraag van de inwisselbaarheid van de wettelijk toegestane typen houdt verband met het verschijnsel van de onbenoemde rechtsfiguren en daarmee met de oude zakelijke rechten die door de numerus clausus juist zijn afgeschaft. Ook gaat het om de vraag of op verbintenisrechtelijke wijze mag worden bewerkstelligd wat ook op goederenrechtelijke wijze kan. Het derde nadere aspect van de numerus clausus is de vraag of een wettelijk type goederenrechtelijk recht mag worden gebruikt voor een nieuw doel in een nieuwe maatschappelijke context: de in Duitsland zogenaamde *Funktionswandel* zou kunnen worden gezien als een ontduiking van de numerus clausus.

De mogelijke gevolgen van schending van de numerus clausus voor de betrokken partijen worden vervolgens ingebed in het wettelijk systeem. Eerst wordt gezien of de beginselen van samenloop van verschillende

rechtsregels die naast elkaar op hetzelfde geval van toepassing zijn, richting kunnen geven bij de vaststelling welke regels bepalen of de wijze waarop partijen een goederenrechtelijk recht hebben vorm gegeven, rechtsgeldig is. Vervolgens wordt geïnventariseerd of het leerstuk conversie de gevolgen van schending van het gesloten systeem voor deze partijen kan verzachten.

In hoofdstuk 9 wordt op verschillende wijzen de balans opgemaakt van de bevindingen inzake de *numerus clausus*. Eerst wordt de *numerus clausus* gezien als *pars pro toto* voor het Savigniaanse model en wordt de vraag gesteld of van dit model afscheid kan worden genomen. De aanleiding hiervoor zijn een voorstel tot afschaffing van het Savigniaanse onderscheid tussen verbintenissenrecht en goederenrecht, en een voorstel tot invoering van een vorm van eigendom die ruimte biedt voor reglementering van de bevoegdheden en de verplichtingen van de eigenaar. Vervolgens wordt de *numerus clausus* gezien in het licht van de wettelijke instrumenten die uitwassen bij gebreke van een *numerus clausus* zouden moeten voorkomen. Daarop volgt de eindbeoordeling van de *numerus clausus* in het licht van de bevindingen uit hoofdstuk 5 over de ratio van de *numerus clausus*. Als expressie van het dwingende karakter van het goederenrecht, veronderstelt de *numerus clausus* het primaat van de wet en daarmee het primaat van de wetgever. Ten slotte wordt een normatieve draai aan het dogma gegeven: de *numerus clausus* impliceert een opdracht aan de wetenschap, aan de rechterlijke macht en aan de wetgever zelf. Bovendien wordt aan de *numerus clausus* een dimensie toegevoegd door een aanzet te geven tot analyse van de beginselen van het goederenrecht. Deze uitgangspunten geven richtsnoeren voor de uitleg van de wet en de toepassing van de criteria en de beperkingen die uit de *numerus clausus* voortvloeien.

## 1.6 Terminologische precisering

Al in deze inleiding zijn drie aanduidingen van het onderwerp naast elkaar gebruikt: de *numerus clausus*, het gesloten stelsel van het goederenrecht en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Als de term *numerus clausus* eng wordt uitgelegd, gaat het slechts om de typen goederenrechtelijke rechten in verband met de onmogelijkheid voor partijen om zelf nieuwe typen te creëren. Bij een ruimere interpretatie van de *numerus clausus* omvat de term ook het systeem dat aan de wettelijke typen goederenrechtelijke rechten ten grondslag ligt. Daartoe behoren dan onder meer ook de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies, en de gevallen

waarin aan anderen dan de rechthebbende bevoegdheden met betrekking tot een goed kunnen worden toegekend. De *numerus clausus* in ruime zin staat dan gelijk aan het gesloten systeem van het goederenrecht. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat in de rechtspraak en in de Nederlandse literatuur meestal gebruik wordt gemaakt van de term gesloten systeem, ook wanneer slechts op de wettelijke typen beperkte goederenrechtelijke rechten wordt gedoeld. In de buitenlandse literatuur wordt echter kennelijk breed uitgegaan van de veronderstelling dat de *numerus clausus* als *pars pro toto* en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem omschrijvingen zijn van dezelfde idee. Bij wijze van hypothese wordt deze veronderstelling overgenomen en worden de termen *numerus clausus* en gesloten systeem naast elkaar gebruikt.<sup>21</sup>

---

21 Zie ook de terminologische verantwoording aan het slot in § 9.5.1.4

# HET BEGRIIP 'NUMERUS CLAUSUS' EN ZIJN VERSCHIJNINGEN

De vraag in hoeverre het goederenrecht een numerus clausus kent, staat centraal in dit hoofdstuk. Er wordt geïnventariseerd in welke mate het gesloten stelsel van het goederenrecht is af te leiden uit de wet, vervolgens wat daarover is te vinden in de parlementaire geschiedenis bij het nieuwe Burgerlijk Wetboek, en daarna hetgeen in algemene termen over het goederenrechtelijk stelsel is op te maken uit de rechtspraak. De literatuur blijft in dit hoofdstuk als kenbron grotendeels buiten beschouwing; zowel in het volgende hoofdstuk over de herkomst van de numerus clausus als in het hoofdstuk over de ratio van de numerus clausus komen de uiteenzettingen en de opvattingen in de Nederlandse doctrine aan de orde.

Het fenomeen van een gesloten stelsel is niet beperkt tot het goederenrecht. In de vierde paragraaf van dit hoofdstuk worden enige andere gesloten stelsels uit het privaatrecht beschreven. Die voorbeelden illustreren de eigenaardigheden van een numerus clausus; beschouwt men een gesloten stelsel als een denkmodel, dan wordt de werking ervan verhelderd door een beschrijving van vergelijkbare uitgangspunten in aangrenzende rechtsgebieden.

Op basis van de bevindingen in dit hoofdstuk kan ten slotte in de vijfde paragraaf een standpunt worden ingenomen over het bestaan en de reikwijdte van een numerus clausus in het Nederlandse goederenrecht. Niet zozeer het bestaan van een numerus clausus als wel de omvang ervan blijkt ter discussie te staan.

## 2.1 De wettelijke verankering van het gesloten stelsel van het goederenrecht

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is uit verschillende wetsartikelen af te leiden. Te onderscheiden zijn vier soorten: ten eerste de artikelen die het aantal typen van goederenrechtelijke rechten betreffen, ten tweede de wettelijke bepalingen over de inhoud van de wettelijke typen goederenrechtelijke rechten, ten derde de bepalingen over overdraagbaarheid van goederenrechtelijke rechten, en ten vierde de wettelijke regels over de wijzen van vestiging en tenietgaan van goederenrechtelijke rechten. Een vijfde aanknopingspunt, *hors catégorie*, is het wetsartikel

waarin het fiduciaverbod is neergelegd. De eerste soort wettelijke bepalingen, die het aantal typen betreft, wordt in de Duitse doctrine aangeduid met de term *Typenzwang*; de tweede soort, die de inhoud van de wettelijke typen betreft, met de term *Typenfixierung*.<sup>1</sup>

### 2.1.1 Aantal typen (*Typenzwang*)

De *numerus clausus* van typen van goederenrechtelijke rechten is in het BW van 1992 verankerd in het hier gecursiveerde gedeelte van de eerste zin van art. 3:81 lid 1:

'Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de *in de wet genoemde* beperkte rechten vestigen.'

Dit wetsartikel betreft alleen de beperkte goederenrechtelijke rechten, maar aangezien in de systematiek van de wet daarnaast alleen 'het meest omvattende recht' bestaat - voor zaken in art. 5:1 BW nader aangeduid met de term eigendom -, is hiermee de wettelijke verankering van de *numerus clausus* van alle mogelijke goederenrechtelijke rechten gegeven.<sup>2</sup> Anders dan in het oude BW, dat in art. 584 een catalogus van zakelijke rechten bevatte, is in het algemene vermogensrechtelijke gedeelte van het nieuwe wetboek nergens een opsomming van de goederenrechtelijke rechten te vinden. Alleen in boek 8 BW zijn drie artikelen opgenomen die een limitatieve opsomming geven van de zakelijke rechten op respectievelijk teboekstaande zee- en binnenschepen en luchtvaartuigen.<sup>3</sup>

Naast het gesloten systeem van de klassieke goederenrechtelijke rechten kent de wet nog twee gesloten systemen die als quasi-goederenrechtelijk zouden kunnen worden aangemerkt en daarom vermelding in dit overzicht verdienen. Ten eerste het stelsel van gronden van voorrang. Het is

1 Zie voor verwijzingen naar de Duitse doctrine § 4.2.

2 A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, diss. Leiden, 2003, p. 351 en 356, stelt dat de overdracht onder een voorwaarde resulteert in het ontstaan van een onbenoemd type beperkt recht - enigszins vergelijkbaar met een Anwartschaftsrecht -, dat zijn wettelijke grondslag vindt in art. 3:84 lid 4 BW. Afgezien van het conceptuele probleem dat dit recht niet beantwoordt aan de begripsomschrijving van het beperkte recht in art. 3:8 BW, is bezien vanuit de *numerus clausus* problematisch dat bij dit onbenoemde beperkte recht geen sprake is van een 'in de wet genoemd' recht, zoals vereist in art. 3:81 BW, maar hoogstens van een uit de wettelijke regeling voortvloeiend recht. De levering onder voorwaarde komt nader aan de orde in § 7.6.2 en § 8.2.4.

3 Art. 8:197, 788 respectievelijk 1305 BW. De wortels voor art. 8:1305 BW liggen in het Verdrag van Genève uit 1948, Trb. 1952, 86.



mogelijk om uit te gaan van een ruim begrip 'goederenrechtelijk recht' en daaronder mede te verstaan alle overige aanspraken op voorrang ten opzichte van rechten van anderen ten aanzien van goederen. Voorrang is in begripsmatig opzicht uiteraard geen goederenrechtelijk recht op een bepaald goed en evenmin een andersoortig subjectief recht. De term voorrang brengt slechts tot uitdrukking dat een schuldeiser na executoriale verkoop van een bepaald goed op de een of andere grond aanspraak erop heeft om bij voorrang boven andere schuldeisers uit de opbrengst te worden voldaan. Hoewel voorrang slechts verband houdt met een vorderingsrecht van een crediteur op zijn debiteur en geen aanspraak geeft op een zaak zelf, ligt de essentie van deze statusverhoging besloten in de werking jegens derden: zowel alle goederenrechtelijke rechten als alle overige gronden voor voorrang betreffen de positie van een schuldeiser ten opzichte van derden die eveneens rechten pretenderen te hebben jegens dezelfde schuldenaar ten aanzien van dezelfde goederen van die schuldenaar. Deze verwantschap met de goederenrechtelijke rechten rechtvaardigt de bespreking van de numerus clausus van gronden voor voorrang in dit overzicht van de geslotenheid van het wettelijke systeem van het Nederlandse goederenrecht.<sup>4</sup>

De overkoepelende rangregel voor verhaal op de goederen van een schuldenaar is te vinden in art. 3:277 lid 1 BW: het uitgangspunt is *paritas creditorum*, 'behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.'

De recursieve verwijzing naar de wet is uitgewerkt in de daarop volgende artikelen 278 tot en met 281, steeds met het voorbehoud van *wettelijke* afwijking in bijzondere regelingen. In art. 3:278 is uitdrukkelijk bepaald dat voorrang alleen kan voortvloeien uit de 'in de wet aangegeven gronden'.

Naast het pandrecht, het hypotheekrecht en de verwijzing naar de overige wettelijke gronden voor voorrang worden in art. 278 de voorrechten als gronden voor voorrang genoemd.<sup>5</sup> In lid 2 van art. 278 is uitdrukkelijk bepaald dat voorrechten *alleen uit de wet* kunnen ontstaan. Een contractuele afwijking van de wettelijke rangorde is slechts mogelijk binnen de gren-

---

4 Ten aanzien van één van de bronnen voor voorrang, de voorrechten, wordt in de literatuur dan ook gesproken van 'een gesloten systeem van voorrechten' door Rank-Berenschot, in Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 2001, nr. 712, en Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 913, en van 'een gesloten stelsel van voorrechten' door J. Fesevur, *Mon. NBW B-13*, 1992, nr. 6. Opmerkelijk is overigens dat in de hiervoor genoemde artikelen uit boek 8 BW ook de voorrechten uitdrukkelijk als zakelijke rechten worden gekwalificeerd.

5 De overige wettelijke gronden voor voorrang zijn bijvoorbeeld te vinden in art. 3:264 lid 7, 282 en 292 BW. Overigens maakt ook art. 3:227 lid 1 BW duidelijk dat uit de rechten van pand en hypotheek voorrang bij verhaal voortvloeit.

zen van de door de wet in art. 277 lid 2 uitdrukkelijk erkende overeenkomst van achterstelling. Een vergelijkbaar systeem van rangafbakening is te vinden in art. 3:21 BW dat alleen een *wettelijke* afwijking van de chronologische rangorde van inschrijvingen in de openbare registers met betrekking tot een registergoed toelaat.

Naast de rangregeling is in titel 3.10 over het verhaalsrecht op goederen ook het quasi-zakelijke retentierecht te vinden in art. 3:290 lid 1 BW. Het retentierecht is de bevoegdheid 'die in de *bij de wet* aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt' om de afgifte van een zaak op te schorten.

Het tweede gesloten systeem van quasi-goederenrechtelijke aard betreft de uiterste wilsbeschikkingen, waarvan verschillende wettelijke typen kunnen worden onderscheiden. In art. 4:42 lid 1 BW is een definitie van de uiterste wilsbeschikking opgenomen:

'Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erfflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt.'

Zowel de verwijzing naar Boek 4 als de voorwaarde van de wettelijke kwalificatie van een eenzijdige rechtshandeling als een uiterste wilsbeschikking zijn te verstaan als aanwijzingen dat sprake is van een gesloten systeem, zoals in de volgende paragraaf nog uit de beschrijving van de parlementaire geschiedenis zal blijken.

### 2.1.2 Inhoud (*Typenfixierung*)

Het dwingende karakter van de wettelijke regels die de *inhoud* van de wettelijke goederenrechtelijke rechten bepalen, vormt het tweede aspect van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Er is echter geen wettelijke regel die in abstracto voorschrijft wat de inhoud van goederenrechtelijke rechten is. Hoogstens zijn enkele eigenschappen af te leiden uit de algemene omschrijving van het begrip vermogensrecht in art. 3:6 BW. Voor ieder type goederenrechtelijk recht wordt afzonderlijk in de wet geregeld wat de inhoud ervan is. Bovendien is steeds voor ieder type goederenrechtelijke recht in de wet neergelegd in hoeverre partijen de vrijheid hebben om aan dat goederenrechtelijk recht een andere inhoud te geven dan het volgens de wettelijke regeling daarvan zou hebben.

### 2 1 3 Overdraagbaarheid

De wettelijke kanalisatie van de overdraagbaarheid van rechten in art 3 83 BW is eveneens te beschouwen als een aspect van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Blijkens lid 1 bestaat alleen op grond van de aard van een recht of *de wet* een uitzondering op het uitgangspunt van overdraagbaarheid van eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten. In lid 2 schept de wet vervolgens voor vorderingsrechten de mogelijkheid om de overdraagbaarheid bij overeenkomst te beperken. Hier tegenover staat het uitgangspunt in lid 3 dat voor overdraagbaarheid van 'andere rechten' - bedoeld zijn onder meer de intellectuele eigendomsrechten en aandelen in vennootschappen - steeds een specifieke *wettelijke* grondslag moet bestaan <sup>6</sup>.

### 2 1 4 Wijzen van vestiging en tenietgaan

Ook in de wettelijke regeling van de wijzen van vestiging en tenietgaan van goederenrechtelijke rechten, evenals meer algemeen in de wettelijke regeling van de wijzen van rechtsverkrijging en rechtsverlies, wordt voortdurend verwezen naar de wettelijke typen. In art 3 80 lid 2 BW worden de vormen van verkrijging onder algemene titel opgesomd, in lid 3 de vormen van verkrijging onder bijzondere titel. Zowel in lid 3 als in lid 4 aangaande verlies van goederen wordt verwezen naar de '*in de wet* voor iedere soort aangegeven wijzen' van rechtsverkrijging onder bijzondere titel respectievelijk rechtsverlies. Na lid 4 van art 80 volgt art 3 81 lid 2 dat de wijzen van tenietgaan van beperkte rechten opsomt, opnieuw met een verwijzing naar '*de overige in de wet* voor iedere soort aangegeven wijzen' van tenietgaan. Het gaat in deze wetsartikelen kennelijk om een limitatieve opsomming van de wijzen van verkrijging en verlies van goederen. Hetzelfde geldt voor de schakelbepaling in art 3 98 BW: hetgeen in de wet is bepaald voor de overdracht van een goed, is van overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed, tenzij *de wet* anders bepaalt'.

---

6 In de afgelopen jaren is sprake geweest van wijziging van art 3 83 lid 3 BW door de wetgever tegelijk met afschaffing van het mededelingsvereiste voor cessie in art 3 94 BW. Na consultatie van de Raad van State en overleg met onder andere de Commissie Auteursrecht, waarvan een advies is gepubliceerd in AMI 2002, p. 42, heeft de wetgever dit voornemen echter weer laten varen. Het maakte althans geen deel meer uit van het wetsvoorstel tot wijziging van art 3 94 BW. Zie verder ook § 2 5.

De vier categorieën wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het goederenrechtelijk systeem, verwijzen alle uitdrukkelijk naar de wet als exclusieve grondslag voor typen en gronden. Daarom verdient nog vermelding dat de term 'wet' in het Burgerlijk Wetboek een bijzondere betekenis heeft: de term verwijst slechts naar wetten in formele zin, derhalve wetten die door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk tot stand zijn gebracht.<sup>7</sup> Zogenaamde 'lagere' wetgeving kan dus geen grondslag opleveren voor nieuwe typen van goederenrechtelijke rechten of voor nieuwe wijzen van rechtsverkrijging.

### 215 *Het fiduciaverbod*

Volgens sommigen een hoeksteen van het BW van 1992, maar volgens anderen een dode letter, is het wetsartikel waarin het fiduciaverbod is neergelegd. Lid 3 van art. 3:84 BW bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid en een rechtshandeling die de strekking mist om het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel voor overdracht vormen. Op basis van deze tekst verdient de bepaling geen vermelding in dit overzicht, aangezien de verwijzing naar wettelijke typen of gronden ontbreekt. De bepaling is in essentie een verbod op twee soorten titels voor overdracht, maar creëert geenszins een gesloten aantal van wettelijke soorten titels tot overdracht.

Toch verdient art. 3:84 lid 3 BW vermelding in een overzicht van wettelijke bepalingen waaruit de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is af te leiden. Het verbod op fiduciaire vormen van eigendom houdt verband met het eigendomsbegrip dat aan het goederenrechtelijk systeem ten grondslag ligt. Dit eigendomsbegrip laat niet toe dat de bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht op andere wijzen worden gesplitst dan door de vestiging van beperkte rechten. In de volgende hoofdstukken wordt het verband met de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem verder uiteengezet.<sup>8</sup>

7 Zie MvA II bij art. 3:40, PG 3, p. 192, TM bij art. 5:1, PG 5, p. 19, MvA II bij art. 5:1, PG 5, p. 27-29, MvT Inv. bij art. 5:1, PG Inv. 5, p. 1004-1005, en TM bij art. 3:102.1 (nu art. 3:278), PG 3, p. 860.

8 Het verband tussen de geslotenheid van het goederenrechtelijke systeem en het fiduciaverbod is ook in ruimere zin gelegd door oud-regeringscommissaris W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p. 91. Men kan volhouden dat [art. 3:84 lid 3 BW] overbodig is, maar dan op de grond dat, welbeschouwd, wat daar wordt bepaald, al ligt besloten in het thans aanvaarde (half) gesloten stelsel van het goederenrecht, dat naar zijn aard van dwingend recht is en waarvan noodzakelijkerwijs een zekere reflex-

## 2.2 De beraadslagingen van de wetgever over het goederenrechtelijk systeem

In debatten over een nieuwe codificatie staan meestal slechts de voorgestelde wijzigingen ter discussie; de fundamenteen en de beginselen die de basis blijven vormen voor een rechtsgebied komen niet uitvoerig ter sprake. Toch zijn sommige algemene principes met name in de eerste fase van het wetgevingsproces in de debatten met het parlement aan de orde geweest. De geslotenheid van het goederenrechtelijke systeem is in algemene zin ter sprake gekomen tijdens de algemene debatten over met name boek 5. Verder zijn relevante bespiegelingen te vinden in de kamerstukken over de wijzen van rechtsverkrijging, over het fiduciaverbod en de invoering van een algemene regeling van het bewind en in de kamerstukken over het stelsel van uiterste wilsbeschikkingen.

### 2.2.1 De typen van goederenrechtelijke rechten

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is van begin af aan het uitgangspunt van de wetgever geweest. In de Toelichting Meijers<sup>9</sup> is de authentieke versie van de eerste zin van dit proefschrift te vinden: "(...) de regel dat het Zakenrecht een gesloten systeem vormt (...)".<sup>10</sup> Ook de

---

werking uitgaat " Zie eerder reeds in dezelfde zin S E Eisma, Verslag van de vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" d d 27 april 1990, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, 1991, p 77 Zie verder C C van Dam in Asser-Mijnssen 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr 474, p 472, en Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, Zakelijke rechten, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr 19

9 Op de dag van overlijden van Meijers op 25 juni 1954 waren het ontwerp voor de boeken 5 en 6 en de toelichting daarbij, anders dan die voor de eerste vier boeken, nog niet voltooid. Dat is gebeurd door het driemanschap J Drion, J Eggens en F J de Jong, bijgestaan door E J A Fischer-Keuls, J M Polak en R Franken. Het driemanschap heeft zelf in zijn aanbiedingsbrief (d d 25 mei 1955) verklaard dat in het concept van Meijers, dat "nog ver verwijderd was van de definitieve gestalte die het in handen van prof. Meijers zou hebben gekregen" "op tamelijk ingrijpende wijze" veranderingen zijn aangebracht, maar vermeldt opzettelijk niet welke. Ook in het Rapport aan de Koningin is de door de Raad van State verzochte verheldering hierover niet verschaft. Zie PG 5, p 1, 5 en 6-7 (sub I). Desondanks plegen het ontwerp en de toelichting van het driemanschap de naam van Meijers te dragen. De Memorie van Antwoord en het Gewijzigd Ontwerp (d d 16 oktober 1972) werden voorbereid door J H Beekhuis, die regeringscommissaris voor boek 5 was. De invoeringswetgeving van de boeken 3, 5 en 6 is voorbereid door regeringscommissaris W Snijders. Zie nader E O P H Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, diss. Maastricht, 1995, die op p 190 stelt dat boek 5 en ook de toelichting inhoudelijk wel degelijk grotendeels het werk van Meijers zelf zijn geweest.

10 Toelichting Meijers (1954), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 1, PG 5, p 2

Raad van State adviseerde dat het gesloten stelsel aanbeveling verdient, slechts met enige zorg omtrent de rechtsgeldigheid van de niet in de wet opgenomen oude zakelijke rechten.<sup>11</sup> Die zorg is weggenomen in het Rapport aan de Koningin, maar niet na eerst het oordeel van de Raad te hebben beaamd dat het ontwerp er terecht van uitgaat dat ook het nieuwe zakenrecht een "gesloten geheel" vormt.<sup>12</sup>

In de Toelichting Meijers is ook de belangrijkste uiteenzetting van de betekenis van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem te vinden:

"In de continentale rechtsstelsels vormt het zakenrecht - anders dan het contractenrecht. artikel 1374 lid 1 B.W. - een gesloten systeem. Dat ook het ontwerp hiervan uitgaat, blijkt uit artikel [3.81], bepalende dat men alleen de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen, hetgeen dus ook voor de beperkte zakelijke rechten geldt. Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een van de in de wet geregelde zakelijke rechten."<sup>13</sup>

Indien het gecreëerde recht kan worden gebracht onder de definitie van één van de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten, kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht de inhoud geven die zij wensen, behoudens twee restricties.<sup>14</sup>

11 PG 5, p. 6, onder IV (d.d. 3 januari 1956)

12 PG 5, p. 9, onder IV (d.d. 10 januari 1957)

13 TM (d.d. 25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, eerste alinea van punt 3, PG 5, p. 3. Zie eveneens MvA II bij art. 5.70 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 250 "In verband met de door het ontwerp gekozen opzet van een gesloten stelsel van de beperkte zakelijke rechten, brengt de omschrijving van [art. 5.70] tezamen met die van de andere in de Boeken 3 en 5 geregelde beperkte rechten die op een zaak kunnen rusten, mee dat een recht dat niet aan een van deze omschrijvingen voldoet, niet als een zakelijk recht beschouwd kan worden."; en TM bij art. 3.201, PG 3, p. 642 "Men kan niet willekeurig nieuwe zakelijke rechten scheppen. Geeft men aan iemand meer bevoegdheden dan die krachtens de definitie van het vruchtgebruik daarin besloten liggen, dan is dit voor de wet een ander recht dan vruchtgebruik, dat niet vrijelijk in het leven kan worden geroepen."

14 De nu volgende alinea's geven bijna woordelijk weer hetgeen staat beschreven in de TM, Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, tweede en derde alinea, PG 5, p. 3. De term zakelijk recht is vervangen door de term goederenrechtelijk recht. Weliswaar spreekt de passage uitdrukkelijk over het Boek Zakelijke rechten, maar ik ga ervan uit dat het gesloten systeem mede de goederenrechtelijke rechten van pand, hypotheek en vruchtgebruik omvat. Dit is ook af te leiden uit een passage in de MvA II, PG 5, p. 250, waar in het kader van het recht van erfdienstbaarheid wordt gerept van het gesloten stelsel van de beperkte zakelijke rechten, waaronder "de andere in de Boeken 3 en 5 geregelde beperkte rechten die op een zaak kunnen rusten" (cursivering toegevoegd). Vgl. S.C.J.J. Kortmann, RM Themis 1993, p. 96 (recensie Asser 3-I, 13<sup>e</sup> druk 1992) "Het gesloten systeem geldt niet alleen voor za-

Ten eerste wordt er in de Toelichting Meijers op gewezen dat de wet zelf op tal van punten een regeling geeft die de inhoud van het goederenrechtelijk recht nader bepaalt. De wettelijke bepalingen van het goederenrecht laten niet toe dat aan het goederenrechtelijke recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt.<sup>15</sup> Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt, en tot de talrijke gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat.<sup>16</sup>

De tweede restrictie die vervolgens in de Toelichting Meijers wordt genoemd, is deze: indien men bevoegdheden en verplichtingen welke de wet niet regelt, tot inhoud van het goederenrechtelijke recht wil maken, moeten deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband hebben met het goederenrechtelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.<sup>17</sup> In twijfelgevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding voldoende verband met het betreffende goederenrechtelijke recht heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren.<sup>18</sup>

Deze uiteenzetting vormde de basis van het principiële debat dat in de Tweede Kamer over het gesloten stelsel is gevoerd. Verschil van inzicht heeft de discussie in de Kamercommissie verscherpt: "enige leden wen-

---

kelijke rechten, maar ook voor de goederenrechtelijke rechten die geen zakelijke rechten zijn "

- 15 Vgl. TM bij art. 3 201, PG 3, p. 642. "Men kan niet willekeurig nieuwe zakelijke rechten scheppen. Geeft men aan iemand meer bevoegdheden dan die krachtens de definitie van het vruchtgebruik daarin besloten liggen, dan is dit voor de wet een ander recht dan vruchtgebruik, dat niet vrijelijk in het leven kan worden geroepen."
- 16 Dit aspect is verder uitgewerkt in TM, punt 10 van de Algemene opmerkingen, PG 5, p. 4. Vgl. ook NvW I Inv. bij afd. 3 7.2 (d d 3 oktober 1983), PG Inv. 3, p. 1303, tweede volle alinea, waar in het kader van de regeling van de gemeenschap naar deze passage wordt verwezen. Zie overigens ook TM bij art. 3 83, PG 3, p. 314 de onmogelijkheid om door middel van een beding de overdraagbaarheid van zakelijke rechten uit te sluiten "hangt samen met het door het ontwerp gekozen stelsel, dat het bij de zakelijke rechten niet geoorloofd is, om door beding verder van het algemene type af te wijken dan de wet aangeeft, (.)".
- 17 Dit zogenaamde vereiste van voldoende verband is nader toegelicht in MvA II bij afd. 5.7.1 (erfpacht), PG 5, p. 296-297. Zie verder § 6.5.
- 18 Vgl. ook TM, punt 2 van de Algemene opmerkingen, PG 5, p. 3. "Een definitie van het begrip zakelijk recht is niet opgenomen, omdat er geen enkel kenmerk is te noemen, dat èn steeds bij ieder zakelijk recht èn alleen bij deze rechten aanwezig is. Aan de wetenschap en de rechtspraktijk moet dus worden overgelaten uit te maken, wat aan ieder type zakelijk recht zijn zakelijke karakter geeft, en tot welke rubriek de verschillende overgangsvormen behoren "

sten van een voorlopig afwijkend gezichtspunt blijk te geven".<sup>19</sup> Hun belangrijkste bezwaren zijn typerend; ze steken steeds de kop op wanneer sprake is van een *numerus clausus*. De Tweede Kamerleden achtten een meer open stelsel aanbevelenswaardig, ten eerste omdat er naar hun inschatting "maatschappelijk en in de rechtspraktijk" behoefte bestaat aan meer mogelijkheden en dus aan een grotere vrijheid tot vestiging van goederenrechtelijke rechten dan het toen geldende gesloten stelsel bood.<sup>20</sup> Steen des aanstoots was vooral de noodzaak om kwalitatieve verplichtingen die partijen aan de eigendom van een onroerende zaak wilden verbinden, te gieten in de vorm van kettingbedingen "of andere gekunstelde of ingewikkelde constructies".

Hun tweede argument voor een meer open stelsel is geënt op het klassieke argument van de rechtszekerheid: "Er behoeven dan geen proefprocessen, met hoogst onzekere uitslag, meer te worden gevoerd over de rechtsgeldigheid van overeenkomsten tot vestiging van goederenrechtelijke rechten teneinde in redelijke verkeersbehoeften te voorzien", met verwijzing naar het toen recente rijwielstalling-arrest inzake het nutsvereiste voor het recht van erfdiensbaardheid.<sup>21</sup>

De meerderheid van de Kamercommissie onderschreef echter de keuze voor een "gesloten systeem der beperkt zakelijke rechten", onder verwijzing naar het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905. De commissie besteedde vervolgens aandacht aan het preadvies van Treurniet over erfpacht, in het bijzonder zijn stellingen in verband met het kettingbeding.<sup>22</sup> Daarbij valt ook de door hem pejoratief bedoelde aanduiding van het gesloten stelsel

19 Aldus het Voorlopig Verslag II (d d 25 oktober 1961), PG 5, p. 12. Zie ook VV II bij afd. 5.7.1 inzake erfpacht, PG 5, p. 294-295.

20 Dit argument was reeds eerder aangevoerd, in VV II bij titel 3.6 (d.d 22 oktober 1958), PG 3, p. 468-9, dat hierna nog nader wordt besproken.

21 HR 28 juni 1957, NJ 1957, 495 (Didamse rijwielstalling).

22 W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden*, Preadvies BCN 1957, p. 196 ("Meijers aarzelden enigszins, gaf toe dat met de rechtspraak vóór 1905 menig nuttig effect werd bereikt, aanvaardt echter het gesloten stelsel in 3 81 (zonder toelichting!) en het driemanschap doet niet anders. Hoopvol ziet het er dus voor onze notarissen niet uit. Wie in de praktijk de last der kettingbedingen meemaakt, moet voor de verheffing van zekere verbintenissen tot zakelijke rechten, althans kwalitatieve verplichtingen, iets gevoelen. Men mag niet terwille van een dogma (gesloten stelsel) een eenvoudige oplossing van de hand wijzen, terwijl terwille van een ander dogma (contractsvrijheid) voor een gecompliceerde constructie, die vrijwel tot hetzelfde doel voert, het hoofd buigt."). Treurniet wordt uitvoerig in het VV II aangehaald eveneens bij afd. 5.7.1 over erfpacht (d d. 25 oktober 1961), PG 5, p. 294-295, o.a. zijn stelling op p. 177 dat door het besproken uitgangspunt dat in beginsel niet van de wettelijke regels over de inhoud van zakelijke rechten mag worden afgeweken, de ontwikkeling der zakelijke rechten nodeloos tot stilstand wordt gebracht.



als een "dogma".<sup>23</sup> De Kamercommissie beantwoordt de door Treurniet geopperde bezwaren tegen een gesloten stelsel aldus:

"De commissie meent, dat men het gesloten systeem het beste handhaaft ter vermindering van consequenties, waaraan het arrest van de Hoge Raad van 1905 juist de pas heeft willen afsnijden. Men zoekt de oplossing van door een al te begrensde regeling dreigende problematiek in het scheppen van voldoende ruimte voor constellaties, waarvoor het beperkt zakelijk recht een gewenst onderdak biedt."<sup>24</sup>

Deze passage kan worden beschouwd als de kiem voor versoepeling van de *Typenfixierung*, de vergrote vrijheid voor partijen bij de inrichting van de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten.

Aan deze passage worden vervolgens nog drie argumenten toegevoegd die evenzeer typerend zijn voor het debat over de *numerus clausus* als de twee genoemde tegenargumenten.<sup>25</sup> Ten eerste wordt opnieuw een beroep gedaan op het topische argument van de rechtszekerheid: het bestaan van al te grote vrijheid met betrekking tot het vestigen van goederenrechtelijke rechten

"zou licht een ernstige bedreiging van de rechtszekerheid kunnen betekenen. Die onzekerheid was een van de ernstige bezwaren tegen de situatie onder het oud-vaderlandse recht."

Een terugkeer daarvan achtten de commissieleden

"bijzonder ongewenst, zeker in het licht van het belangrijk geïntensiveerde rechtsverkeer van de tegenwoordige tijd."

Hiermee wordt kennelijk ten tweede gerefereerd aan de behoefte van het handelsverkeer aan eenvoud en helderheid. Het derde argument van de meerderheid van de Kamercommissie getuigt van het verlangen van de wetgever om greep te houden op het rechtsverkeer: de wenselijkheid van

23 Elders in het VV II (d d 25 oktober 1961), bij de bespreking van de definitie van het recht van erfdiensbaarheid in art 5 70, PG 5, p 248, valt bovendien de term *numerus clausus*. "De leden die ( ) bezwaren uitten tegen het onveranderd incorporeren van het gesloten stelsel in het ontwerp, konden een wettelijke definitie van de erfdiensbaarheid wel aanvaarden, mits daarmee dan geen sluiting van stelsel, een soort "*numerus clausus*", wordt bedoeld." Weer elders, VV II bij art 5 84 (d d 25 oktober 1961), PG 5, p 291, is ook de term '*gesloten systeem*' te vinden in verband met art 3 81 lid 3 BW.

24 VV II bij art 3 81 (d d 22 oktober 1958), PG 3, p 310, met verwijzing naar het rijwielstalling-arrest (HR 28 juni 1957, NJ 1957, 495). De geciteerde passage is ook te vinden in VV II ten aanzien van de Algemene opmerkingen over boek 5 (d d 25 oktober 1961), PG 5, p 12-13.

25 PG 5, p 13.

soepelheid bij de definitie van de goederenrechtelijke rechten werd onderschreven, maar met handhaving van het systeem, want deze commissieleden achtten het niet denkbeeldig dat de meest vreemdsoortige goederenrechtelijke rechten zouden ontstaan die niet overeenstemmen met hedendaagse rechtsopvattingen. Daarbij hadden zij de praktijk van kettingbedingen in gedachten, waarbij de overdracht van bepaalde goederen alleen wordt toegestaan aan personen van een bepaalde kerkelijke gezindte.<sup>26</sup>

In de Memorie van Antwoord is ervoor gekozen het ontwerp ten aanzien van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem ongewijzigd te handhaven.<sup>27</sup> Voor wijziging bestond ook geen noodzaak, de door de Kamercommissie gepropageerde versoepeling kon worden verdisconteerd in de wettelijke regeling van de verschillende goederenrechtelijke rechten zonder dat de eerste zin van art. 3:81 lid 1 aanpassing behoeft.<sup>28</sup> In het gewijzigd ontwerp werd inderdaad een verruiming enerzijds van de figuur van de kwalitatieve verplichting en anderzijds van de omschrijving van de rechten van erfdienstbaarheid en opstal opgenomen.<sup>29</sup> Met deze versoepelingen bij de begrenzing van de bestaande goederenrechtelijke rechten wenste de Minister te volstaan, mede omdat hij de vrees deelde dat een te grote vrijheid om nieuwe zakelijke rechten te vormen tot moeilijkheden zou leiden.

In het kader van het debat over handhaving van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is ook ter discussie geweest of het zinnig was 'een titel, houdende algemene bepalingen van het Zakenrecht' op te nemen. Onder andere de regel dat het goederenrecht een gesloten systeem vormt, kwam in beginsel voor opneming in deze titel in aanmerking, maar deze kon reeds worden afgeleid uit de eerste zin van art. 3:81 lid 1 BW. Voor de commissieleden die pleitten voor de aanvaarding van een meer open stelsel, was het daarentegen duidelijk dat een open stelsel noodzaakt tot opname van enige algemene goederenrechtelijke regels.<sup>30</sup>

26 De constructie van een levering onder ontbindende voorwaarde, die een effectief alternatief instrument biedt voor de verfoeide bedingen, is de commissie kennelijk ontgaan. Art. 3:84 lid 4 BW maakte al wel reeds deel uit van het Ontwerp Meijers. Zie nader § 7.7.2 en § 8.2.4.

27 MvA II (d.d. 16 oktober 1972), algemene opmerkingen boek 5, PG 5, p. 14. Zie ook PG 5, p. 250, in het kader van het recht van erfdienstbaarheid, en p. 296-298, in het kader van het recht van erfpacht.

28 MvA II bij art. 3:81 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 310.

29 MvA II (d.d. 16 oktober 1972), algemene opmerkingen boek 5, PG 5, p. 14 resp. 15.

30 PG 5, p. 12.

Bij handhaving van het gesloten stelsel bestond daaraan volgens de Minister echter geen behoefte, zoals ook reeds in de Toelichting Meijers uiteen was gezet.<sup>31</sup>

Eén van de significante vernieuwingen in het BW van 1992 ten opzichte van het oude recht is de wettelijke regeling van de kwalitatieve verplichting in art. 6:252 BW. Mits is voldaan aan de wettelijke voorwaarden, kan een obligatoire verplichting om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een registergoed overgaan op diegenen die dat goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen. Er is dus sprake van derdenwerking van een bepaald type verbintenis, in een mate waardoor soms wordt gesproken van een quasi-goederenrechtelijk recht. Uiteraard is ook bij de conceptie van de kwalitatieve verbintenis geconstateerd dat deze figuur wringt met het gesloten stelsel van zakelijke rechten.<sup>32</sup>

In de Memorie van Antwoord is deze kwestie expliciet aan de orde gekomen. Met dit probleem is echter korte metten gemaakt:

"De vraag of artikel 6.252 al of niet aan het gesloten zijn van het stelsel van zakelijke rechten afbreuk doet, is goed beschouwd slechts van ondergeschikt belang. De figuur die in artikel 6:252 wordt mogelijk gemaakt is vergelijkbaar met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. De vraag die zich hier aan de wetgever voordoet is dan ook vooral of, ervan uitgaande dat de praktijk aan deze figuur behoefte heeft, daaraan de vorm moet worden gegeven van een zakelijk recht, zij het ook met verbintenisrechtelijke aspecten, dan wel van een overeenkomst, waaraan dan een zekere mate van zakelijke werking zal moeten worden toegekend, uiteraard met de daarbij behorende waarborgen ter bescherming van derden. In het eerdere stelsel zou men van een meer strikte handhaving van het gesloten stelsel kunnen spreken. In het ontwerp is evenwel aan het tweede stelsel de voorkeur gegeven. De argumenten daarvoor hangen niet samen met de dogmatische vraag of men aldus het stelsel van zakelijke rechten nog gesloten kan noemen, maar uitsluitend met die of deze opzet tot wenselijke resultaten leidt."<sup>33</sup>

Een passage als deze illustreert de toonzetting van de gedachtegang over de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem in de loop van de totstandkoming van het nieuwe wetboek; het pragmatisme wordt hoger aangeslagen dan het toegedichte dogmatisme. De geslotenheid van het goederenrechtelijk stelsel wordt hierdoor gesteriliseerd; de band met hetgeen in de praktijk wenselijk is, doorgesneden.

31 PG 5, p. 14, eennalaatste alinea, respectievelijk PG 5, p. 2-3.

32 Zie ook VV II (d.d. 15 september 1975), PG 6, p. 938 en 939.

33 MvA II bij art. 6:252 (d.d. 30 januari 1976), PG 6, p. 942, tweede alinea.

### 2.2.2 De wijzen van verkrijging en verlies

In paragraaf 1 is geconstateerd dat de wet onmiskenbaar ervan uitgaat dat ook de wijzen van verkrijging en verlies van goederenrechtelijke rechten een gesloten systeem vormen. Dit blijkt uit verschillende passages in de parlementaire geschiedenis, temeer daar in het oorspronkelijke ontwerp nog een nader artikel van die strekking was opgenomen in boek 5. Het ontwerp-artikel 5.1.6 luidde:<sup>34</sup>

'Eigendom wordt slechts op de door de wet aangegeven wijzen verkregen.'

Uit de Toelichting Meijers daarbij blijkt niet alleen de rechtshistorische continuïteit van dit uitgangspunt, maar ook de hier beoogde reikwijdte van de term 'wet':

"Het ontwerp somt niet alle wijzen van eigendomsverkrijging op, zij worden ten dele in andere wetten gevonden. Evenals het ontwerp 1898 bepaalt het zich er toe voor te schrijven, dat iedere wijze van eigendomsverkrijging op de wet moet steunen."

De Kamercommissie onderschreef dat deze bepaling goed past in het systeem van het ontwerp, met name in verband met de uitbanning van de fiduciaire eigendomsfiguren. Wel vroeg zij zich af of niet ook omtrent eigendomsverlies een bepaling moet worden opgenomen, gezien het voorgestelde, stringente voorschrift aangaande eigendomsverkrijging.<sup>35</sup> De regering achtte een dergelijke bepaling echter niet nodig, evenmin als het voorgestelde art. 5.1.6. Hoewel dergelijke wetsartikelen ook volgens de regering geheel passen in het systeem van de wet en zij zouden aansluiten bij de bepalingen in art. 3:80 BW, werd het niet nodig bevonden daarnaast identieke bepalingen in boek 5 op te nemen.<sup>36</sup> Het ontwerp-art. 5.1.6 is dan ook geschrapt in het Gewijzigd Ontwerp van 16 oktober 1972.

Kort na de presentatie van het Gewijzigd Ontwerp heeft W.C.L. van der Grinten er een artikel in het WPNR aan gewijd, dat een rol is gaan spelen in het parlementaire debat. In de Kamerstukken wordt hij aldus geparafraseerd:

"De vermoedelijk aan het ontwerp ten grondslag liggende gedachte dat alle wijzen van eigendomsverkrijging en -verlies in de wet hun grondslag moeten vinden, is

34 PG 5, p 72

35 VV II, idem. Zie ook VV II bij art. 5.84 (d d 25 oktober 1961), PG 5, p 291

36 MvA II (d d 16 oktober 1972), PG 5, p 72

verwerpelijk omdat het uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is alle casusposities van de praktijk te voorzien en omdat door die pretentie de betekenis van het geschreven recht wordt overtrokken.<sup>37</sup>

In het antwoord van de regeringscommissaris aan de Kamercommissie is de geslotenheid van het wettelijk systeem van wijzen van verkrijging en verlies van rechten toch overeind gehouden, maar is daaraan een bijzondere draai gegeven:

"Bij deze opmerking wordt miskend dat de wijzen van eigendomsverkrijging en van -verlies niet rechtstreeks uit de wet behoeven te blijken maar ook indirect uit de wet mogen worden afgeleid. Aldus zullen, naast de uitdrukkelijk in het ontwerp genoemde mogelijkheden, ook andere mogelijkheden onderdak vinden en zal de praktijk dus voldoende ruimte hebben."<sup>38</sup>

Op de keper beschouwd staat hierin niets bijzonders voor hen die op de hoogte zijn van de rechtsvindingstheorieën van niet alleen P. Scholten en J. Eggen, maar ook E.M. Meijers; hetgeen in de wet ligt besloten - hoezeer ook implicite -, maakt onderdeel uit van de wet. Toch ontstaat door deze passage opnieuw de indruk dat het systeem is 'opengemaakt'. Het gebruik van de toekomstige tijd in de tweede zin geeft extra dynamiek aan het goederenrechtelijk systeem: nieuwe, door de praktijk ingegeven wijzen van verkrijging en verlies van goederenrechtelijke rechten krijgen tussen

---

37 WPNR 5240 (d.d. 8 december 1973), p. 513. De parafrase in de Kamerstukken klinkt krachtiger dan de tekst van Van der Grinten zelf, vooral doordat hij de term verwerpelijk niet heeft gebruikt. "Niet geheel duidelijk is of de ontwerpers menen dat alle wijzen van eigendomsverkrijging en -verlies in de wet hun grondslag moeten vinden. De oorspronkelijke toelichting op de titel wijst in de richting dat de ontwerpers deze gedachte hebben gehad. Het is echter uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk, alle casusposities die zich in de praktijk kunnen voordoen, te voorzien. De pretentie dat het recht geen andere wijzen van eigendomsverkrijging en -verlies kan kennen dan die de wet noemt, overtrekt m.i. de betekenis van het geschreven recht. In het bijzonder bij eigendom van roerend goed past de wetgever bescheidenheid." Au fond is de aarzeling van Van der Grinten m.i. niet van goederenrechtelijke maar van rechtstheoretische aard. Hij heeft zijn argument wellicht geput uit de debatten in de jaren '50 over de invoering van een algemene titel over bewind, waarin aanvankelijk een gesloten stelsel van bewindssituaties was voorgesteld. Zie verder *infra*. Van der Grinten lijkt ook meer in het algemeen van mening te zijn geweest dat het voor de ontwikkeling van nieuwe leerstukken heilzaam is dat de wetgever zich van een regeling in de wet onthoudt. Zie in het kader van het leerstuk conversie zijn gedachtewisseling met Meijers tijdens de vergadering van de NJV op de dag van het overlijden van Meijers (25 juni 1954), waarvan verslag in *Handelingen NJV 1954-II*, p. 48 en 63.

38 MO bij titel 5.1 (d.d. 9 september 1976), PG 5, p. 17. De formulering is ruimer dan die welke door de Hoge Raad is gebruikt in HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel).

de regels van de wet ruimte voor erkenning - of, zo men wil, 'herkenning' - door de rechter.

In de parlementaire geschiedenis omtrent sommige bijzondere wijzen van verkrijging en verlies van rechten zijn nog nadere verwijzingen naar het systeem van het goederenrecht te vinden, bijvoorbeeld in het kader van het leerstuk afstand. In het Ontwerp Meijers was art. 3.4.3.7 opgenomen, dat het mogelijk maakte om afstand te doen van verkrijgende verjaring. Dat artikel is later echter geschrapt, omdat het systematische moeilijkheden op zou leveren:

"Voor afstand van de verkrijgende verjaring is, anders dan voor overdracht of afstand van het recht zelf, geen leveringshandeling nodig. Toelating van de mogelijkheid daarvan betekent dus op zichzelf reeds een doorbreking van het stelsel van verkrijging van goederen onder bijzondere titel. Dat klemt des te meer wanneer ook rechten van derden in het spel zijn."<sup>39</sup>

De relevantie van het wettelijk stelsel wordt hier inhoudelijk gefundeerd door het in verband te brengen met het vereiste van levering dat ten grondslag ligt aan het stelsel van overdracht en afstand van goederen. Bovendien wordt het stelsel gekoppeld aan wat kan worden beschouwd als 'een ander rechtsbeginsel van hogere orde', de rechtszekerheid voor derden.

### 2.2.3 *Het fiduciaverbod en de regeling van bewind*

Het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW belichaamt het gesloten stelsel van zekerheidsrechten.<sup>40</sup> Een belangrijke verwijzing naar de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is te vinden in de toelichting bij het fiduciaverbod dat is opgenomen in afdeling 3.4.2 over 'overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten'. Naar aanleiding van een verzoek tot heroverweging van art. 3:84 lid 3 BW in verband met de erkenning van trusts vermeldt de regering dat de trust "een figuur van Anglo-Amerikaans recht is die in het Nederlandse recht met zijn gesloten stelsel van zakelijke rechten" niet goed past.<sup>41</sup>

39 MvA II (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 415, eerste alinea.

40 Vgl. een van de redenen in TM, Algemene opmerkingen over titel 1 (1972), PG Inv. 7, p. 15, om het beding onder wederinkoop niet in het nieuwe BW op te nemen. "Voorts zijn ernstige bezwaren geuit tegen het beding als kredietmiddel (Asser-Kamphuisen, blz. 137). Als zodanig komt het ook in strijd met het gesloten stelsel van zekerheidsrechten in het nieuwe wetboek (artikel 3.4.2.2, lid 3)."

41 MvA II Inv. (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1201, eerste zin. Zie over de verenigbaarheid van de trust met het Nederlandse goederenrecht verder ook de MvT

Van het fiduciaverbod is de stap niet groot naar de in sommige opzichten belangrijkste vindplaats van beschouwingen in de parlementaire geschiedenis over het gesloten systeem de debatten over de invoering van een algemene regeling van het bewind

In de opzet van Meijers vervulde de typisch Nederlandse figuur van het bewind een belangrijke functie, niet alleen in de gevallen waarin een praktische behoefte bestond aan een constructie om de bevoegdheden tot het beheer en de beschikking over één of meer goederen toe te kennen aan een ander dan de rechthebbende, maar ook ter vervanging van de fiduciaire overdracht, zowel die ten titel van beheer als de fiduciaire overdracht tot zekerheid. In het eerste artikel van de regeling in het Ontwerp Meijers was bepaald dat 'een bewind alleen in de door de wet genoemde gevallen kan worden ingesteld'. Naast de bijzondere gevallen waarin de rechter krachtens bijzondere wettelijke bepalingen is gemachtigd tot het instellen van een bewind, werd ook gedoeld op de gevallen waarin de wet een specifieke mogelijkheid creëerde voor het bij rechtshandeling onder de levenden instellen van een bewind.<sup>42</sup>

In de eerste fase van de behandeling van het ontwerp met nummer 2846 in de Tweede Kamer in 1953 getuigden de Kamerleden van enige reserve. De angst bestond dat de bewindsfiguur teveel ruimte zou bieden voor misbruik, bijvoorbeeld doordat een zakenman in goede tijden een deel van zijn vermogen wenst veilig te stellen voor zijn crediteuren of de fiscus in mindere dagen.<sup>43</sup> Gepleit werd voor een rechterlijk verlofstelsel, na publicatie en oproeping van schuldeisers.

Dan slaat de stemming om. Nadat Meijers zijn ontwerp begin 1954 heeft voltooid en de regering na zijn overlijden op 25 juni 1954 bij K.B. van 4 november 1954 vrijwel hetzelfde ontwerp heeft ingediend, kwam het debat buiten de Tweede Kamer op gang. In het bijzonder de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging in 1956 blijkt van grote invloed te zijn geweest op de beoordeling van de rechtsfiguur bewind en vermoedelijk ook meer algemeen op de latere wijzigingen in het wetsvoorstel. Uniken Venema en Buining preadviseerden over fiduciaire rechtsverhoudingen, in de debatten werd niet alleen over bewind gediscussieerd maar

---

bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 2-6. Vgl. de PG bij art. 25 de Wet op het notarisambt (ontwerp-art. 22), dat de notariële kwaliteitsrekening van een wettelijke basis heeft voorzien. Op p. 30 van de MvT (23 706) is uitdrukkelijk afstand genomen van Anglo-Amerikaanse figuur van de trust. Zie hierover mijn bijdrage aan WPNR 6241 (1996).

42 De beoogde gevallen zijn opgesomd in TM bij art. 3:61-1, PG 3, p. 489.

43 Vgl. de overwegingen van de wetgever bij de ratificatie van het Haags Trustverdrag, vooral de MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 3 en 8.

ook over het fiduciaverbod, de mate van relativering van de levering c.p. en de alternatieven voor de fiduciaire overdracht tot zekerheid.<sup>44</sup> De stemming was in alle opzichten kritisch. De Kamerleden hadden het oor kennelijk goed te luisteren gelegd, want onder verwijzing naar onder andere de NJV-preadviezen werd in het Voorlopig Verslag dat is vastgesteld op 22 oktober 1958 gepleit voor een veel soepeler regeling van de instelling van een bewind bij rechtshandeling. In het bijzonder de ontwerpbeoordeling dat een bewind alleen in de door de wet genoemde gevallen kan worden ingesteld, was doelwit van hun kritiek:

"De werkwijze, die bij het maken van de zesde titel is gevolgd, is kennelijk deze geweest, dat men heeft gerubriceerd de bewindsvormen, welke naar de huidige stand van zaken plegen voor te komen, dat vervolgens de figuren, die verwerpelijk werden geacht, buiten de te redigeren stof zijn geplaatst, terwijl ten slotte hetgeen aanvaardbaar voorkwam in de titel een plaats mocht verkrijgen. Hetgene, dat men aldus behield, werd "op slot gedaan" door hetgeen in artikel 3.6.1.1 is bepaald: alleen de wetgever beschikt over de sleutel om binnen de heining van dit gesloten systeem te komen. Los van de bezwaren, welke de commissie koestert tegen het feit, dat men mede hierdoor tracht uit te bannen de figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid zonder daarvoor in de plaats een andere mogelijkheid te bieden als tegemoetkoming aan voor haar besef toch duidelijke behoeften van het rechtsverkeer, heeft het hierbij gevolgde legislatieve systeem nog dit tegen, dat zodoende bij voorbaat een halt wordt toegeeroepen aan een natuurlijke ontwikkeling van nieuwe bewindsvormen, waaraan in de toekomst eventueel behoefte kan blijken te bestaan. Niet de wetgever, alleen de rechter kan, in het algemeen gesproken, leiding geven aan het in goede banen voeren van nieuwe rechtsfiguren in het stadium, waarin deze bezig zijn te ontstaan. Maar juist dat ontstaan wordt door het eerste artikel van deze titel op zijn minst genomen ernstig bemoeilijkt. (...) De commissie gevoelt er dan ook voor, dat de zesde titel, die op zich zelf van groot nut kan zijn voor de ont-

44 C.Æ. Uniken Venema en J.R.H. Buining, Welke voorzieningen behoort de wet te bevatten betreffende fiduciaire rechtsverhoudingen (anders dan na dode)?, preadvies NJV 1956-I, p. 1-63 resp. 65-109, en het verslag in Hand. N.J.V. 1956-II. Zie over deze preadviezen in historisch perspectief nader J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, Tussen droom en daad, 1995, hoofdstuk IV, § 6, p. 84-87. Uniken Venema had ook al twee jaar eerder, in: Trustrecht en bewind - Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figuren in het Nederlandse recht, diss. Groningen (als promotor fungeerde J.H. Beekhuis), 1954, gepleit voor invoering van een Nederlands trustrecht op Anglo-Amerikaanse leest, dat op verschillende punten principieel af moest wijken van de door hem verfoeide Nederlandse figuur van het bewind. Zijn offensief tegen het bewind en tegen het fiduciaverbod, en ook tegen de restricties op het stil pandrecht in het aanvankelijke ontwerp, is dus hevig geweest. Zie later in het wetgevingsproces ook zijn bijdragen aan WPNR 5433-5425 (1978), besproken in Eindverslag I bij titel 3.6 (d.d. 12 december 1979), PG 3, p. 484-488; aan Goed en Trouw (Van der Grintenbundel), 1984, kort voor het verschijnen van de MvA II Inv. (d.d. 29 januari 1985), WPNR 5729 (1985), en 6095 (1993), en zijn preadvies, Eigendom ten titel van beheer, voor de vergadering van 27 april 1991 voor de Vereeniging Handelsrecht, 1991.



wikkeling van een goed bewindrecht, wordt "open" gemaakt. Indien men bepaalde misstanden wil bestrijden, trachte men dat doel met andere middelen te bereiken dan door het opleggen van zulk een geduchte vrijheidsbeperking, als in artikel 3.6.1.1 vervat. Zij meent, dat te minder aanleiding bestaat voor de handhaving van een gesloten systeem, als men in de negende titel een plaats inruimt voor een bezitloos zekerheidsrecht, dat beantwoordt aan de eisen van het maatschappelijk verkeer.<sup>45</sup>

In deze passage is de *numerus clausus* van gevallen waarin een bewind kan worden ingesteld, niet op inhoudelijke gronden ter discussie gesteld, maar vooral belicht vanuit een algemene visie op de positie van de wetgever ten opzichte van de rechter.

Het is uiteraard opmerkelijk dat de wetgever zelf, bij monde van enkele Kamerleden, zozeer het accent legt op de mogelijke nadelen van wetgeving.<sup>46</sup> Kennelijk is ook de wetgever gecharmeerd geraakt van rechtsvindingstheorieën waarin veel accent wordt gelegd op de rechtsvormende rol van de rechter; de Kamerleden hebben een sterke prikkel afgegeven tot terugtreden van de wetgever.<sup>47</sup> De teneur van deze beraadslagingen heeft de nieuwe trend in het wetgevingsproces gezet.

In het vervolg van het hercodificatieproces, meer dan een decennium later, is de regering in veel opzichten overstag gegaan, althans wat betreft

45 VV II bij titel 3.6 (d.d. 22 oktober 1958), PG 3, p. 468-9; het citaat wordt voorafgegaan door een algemene overweging over de ten aanzien van fiducia ingezette koers: "(...) Met name in de vergadering van de Ned. Juristenvereniging 1956 kwam tot uiting een sterk gevoelen, gericht tegen de strenge kanalisering, die in het ontwerp wordt nagestreefd in titel 4 (artikel 3.4.2.2., lid 3), titel 6 en titel 9, in welk verband ook artikel 3.3.13 j° 3.3.11 moet worden genoemd. Er is samenhang in dit streven naar uitbanning van bestaande figuren als de onherroepelijke volmacht en de eigendomsoverdracht tot zekerheid. De ontwerper heeft niets aan het toeval willen overlaten, ten einde te verzekeren, dat men geen uitweg zou vinden voor een in een ander kleed doen voortbestaan van de thans gehanteerde fiduciaire figuren. Vandaar een overvloed aan dwingend recht. De commissie kan zich niet aan de gedachte onttrekken, dat een wetgever zo doende de ontwikkeling van het rechtsverkeer te weinig ruimte laat. Sterker nog, dat de wetgever hiermede in feite boven zijn macht grijpt. (...)". Vgl. de kritiek van Van der Grinten in het WPNR, eerder in deze paragraaf geciteerd. Zie ten aanzien van de onherroepelijke volmacht ook VV II bij art. 3:74 (d.d. 22 oktober 1958), PG 3, p. 291.

46 De Kamerleden zijn in 1958 wellicht mede geïnspireerd geweest door een opmerking van J.H. Beekhuis, Hand. NJV 1956-II, p. 36: "De fiducia is een vorm, die in het recht wordt toegepast, omdat het wettenrecht tekort schiet. En het zou nu toch wel getuigen van een overschatting van onze tijd ten aanzien van de betekenis van het wettenrecht, wanneer wij zouden menen, dat wij een wetboek zouden kunnen ontwerpen, waarbij de fiducia in het vervolg niet meer nodig zou zijn.", met instemmende verwijzing naar de invloedrijke voorbespreking van de genoemde preadviezen door A. van Oven, Fiduciaire rechtsverhoudingen, NJB 1956, p. 529-539.

47 Diametraal tegenovergesteld is de houding van de wetgever ten tijde van implementatie van de richtlijn financieelzekerheidsovereenkomsten; zie nader § 7.3 3.5.

de regeling van het bewind. Het 'gesloten systeem' in de regeling van het bewind werd opgegeven.

"Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat het aanbeveling verdient het "gesloten" systeem van de onderhavige titel niet te handhaven. In het gewijzigd ontwerp zijn thans zowel een gemakkelijk hanteerbaar bezitloos pandrecht als de figuur van de onherroepelijke volmacht toegelaten. Daarbij past niet om in de onderhavige titel de mogelijkheid van het creëren van nieuwe vormen van bewind aan strenge banden te leggen. Er bestaan naar het inzicht van de ondergetekende ook geen gewichtige maatschappelijke redenen die tot een zodanige beperking zouden nopen. Integendeel deelt de ondergetekende het oordeel van de Commissie, dat rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid, dat toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen een behoefte aan nieuwe bewindsvormen zullen doen ontstaan, waaraan redelijkerwijze dient te worden tegemoet gekomen."<sup>48</sup>

In deze erkenning dat in de toekomst nieuwe maatschappelijke behoeften kunnen ontstaan, ligt kennelijk de gevolgtrekking besloten dat de wetgever zich zou moeten distantieren van de ontwikkeling van nieuwe vormen van bewind in latere fasen; in zijn plaats moet de rechter alle ruimte krijgen. Opnieuw geldt dat hiermee uiting is gegeven aan een onuitgesproken rechtstheoretische visie op de verhouding van de rechter tot de wetgever: in wezen wordt het wettelijk stelsel hier gepresenteerd als een dictaat aan de rechter. Door de geslotenheid van het wettelijk systeem op te geven, zou de rechter de benodigde mogelijkheden tot ontwikkeling van het recht krijgen.

De nieuwe benadering uitte zich in de herformulering van de omstreken ontwerp-bepaling: 'Een bewind kan worden ingesteld bij rechtshandeling of door de rechter.'<sup>49</sup> De verwijzing naar de wettelijke grondslag

48 MvA II bij titel 3 6 (d d 18 maart 1971), PG 3, p 470. Vgl. nog Regeringscommissaris W. Snyders, VC II bij art 3 6 1 14c (d d 4 maart 1977), PG 3, p 534. "Het gaat bij het eerste punt eigenlijk om een heel algemene kwestie van formulering van wetten. (...) Een stelsel met enuntiatieve opsomming heeft een groot voordeel, namelijk dat limitatieve opsommingen, als zij onbedoeld zijn, gevaarlijk zijn. Die sluiten de zaak af. Als ten onrechte wordt gesuggereerd dat iets enuntiatief is, is dat niet erg. De rechter zal dan wel tot de conclusie komen dat de andere gevallen niet redelijk zijn. Dat geeft minder kans op ongelukken. Daarom is het stelsel gekozen dat in beginsel opsommingen enuntiatief zijn."

49 De portée van deze wijziging is overigens betrekkelijk gering indien men ook het ontwerp-art 3 6 2 1 in ogenschouw neemt. Deze wettelijke bepaling creëerde reeds in het Ontwerp van Meijers in ruime mate de mogelijkheid om een bewind in te stellen bij rechtshandeling, zij het dat volgens Uniken Venema niet alle in de praktijk gewenste gevallen eronder vielen (preadvies NJV, p 30-34). Dit artikel is in essentie ook in het Gewijzigd ontwerp hetzelfde gebleven, zie PG 3, p 538. Van meer belang is het door Uniken Venema met een beroep op "de soevereiniteit van de partijwil" ingegeven (preadvies NJV, p 41 en 57-58) en later toegevoegde ontwerp-art 3 6 2 1a, dat bovendien de ruimte gaf om de bevoegdheden van de bewindvoerder

voor de gevallen waarin een bewind bij rechtshandeling zou kunnen worden ingesteld, is dus geschrapt. Het paradoxale gevolg is overigens dat de rechter na invoering van deze bewindsregeling minder ruimte zou hebben gehad om de rechtsontwikkeling te sturen dan voorheen. Hem is immers het instrument uit handen geslagen om nieuwe gevallen waarin partijen zouden overgaan tot instelling van een bewind, te toetsen aan inhoudelijke criteria. De rechter zou niet langer de bevoegdheid hebben om het handelen van partijen af te keuren op de grond dat het geval uitdrukkelijk noch implicite is voorzien in de wettelijke regeling. Hij zou hebben te slikken hetgeen bij rechtshandeling is ingesteld, in welk geval dan ook, behalve in uitzonderlijke situaties waarin de ruime grenzen van art. 3:40 BW worden overschreden.

In de geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord wordt verder een verband gelegd met zowel de verruiming van de mogelijkheden in het Gewijzigd Ontwerp tot vestiging van een vuistloos pandrecht als de invoering van de onherroepelijke volmacht. De redenering berust in wezen op het beeld van de communicerende vaten tussen de verschillende rechtsfiguren. Helemaal begrijpelijk is deze logica overigens niet. In het Ontwerp Meijers was de oneindige volmacht toegelaten voor het geval van dood van de volmachtgever en voor het geval dat de volmacht verband hield met een krachtens titel 3.6 aan een gemachtigde opgedragen bewind. In het Gewijzigd Ontwerp is de mogelijkheid gecreeerd om een volmacht onherroepelijk te verklaren: onherroepelijkheid is blijkens art. 3:74 BW toegelaten indien de volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of een derde. Dat hieruit voortvloeit ook de mogelijkheid tot het creëren van een nieuwe vorm van bewind kon worden verruimd, is niet evident. Hetzelfde geldt voor de invoering van het "gemakkelijk hanteerbaar" vuistloos pandrecht. Het feit dat het voor schuldeisers makkelijker zou worden om deze vorm van zekerheid te hanteren, maakte het juist minder nodig om de gebruiksmogelijkheden van het bewind ten behoeve van schuldeisers

---

ruimer of beperkter vast te stellen dan uit de wettelijke bepaling voortvloeiende. Aanvankelijk was hieraan nog de restrictie toegevoegd dat de nadere vormgeving door de insteller mogelijk was 'voor zover zulks verenigbaar is met de aard van het bewind en de inhoud van het recht van degene aan wie de goederen toebehoren', maar ook deze beperking is later vervallen. Volgens de NvW (1976-1977), PG 3, p. 540, zijn de slotwoorden "als overbodig geschrapt. Ook zonder uitdrukkelijke bepaling geldt dat de vrijheid de bevoegdheden van de bewindvoerder nader te regelen haar grenzen vindt in de aard van het bewind en van het recht van de rechthebbende ( ) het trekken van de juiste grens kan het beste aan de rechter worden overgelaten."

te handhaven en te verruimen.<sup>50</sup> Niet goed valt dus in te zien hoe uit de erkenning van de onherroepelijke volmacht en het vuistloos pandrecht logischerwijs voortvloeide dat ook de bewindsregeling moest worden verruimd.

Ten slotte is opmerkelijk dat in de Memorie van Antwoord is volstaan met de stelling dat er geen gewichtige maatschappelijke redenen waren die zouden nopen tot een beperking van de gevallen waarin bewind bij rechtshandeling zou kunnen worden ingesteld. Zonder nadere toelichting is niet duidelijk aan wat voor soort maatschappelijke belangen is gedacht, en dus ook niet of alleen aan de bewindsfiguur is gedacht of meer algemeen aan het regime van een gesloten wettelijk systeem.

De Kamer reageerde prompt met instemming, in bloemrijk taalgebruik dat in een andere context terug zal keren:

"De commissie stelt met voldoening vast dat de oorspronkelijk opgenomen bepaling volgens welke een bewind 'alleen in de door de wet genoemde gevallen' kon worden ingesteld (vergelijk het *oude* artikel 3.6.1.1) alsnog is geschrapt en dat voorts de vormen waarin het in Afdeling 3.6.2 bedoelde bewind zich kan voordoen aanzienlijk zijn uitgebreid (vergelijk in het bijzonder artikel 3.6.2.1a). Aldus is het stelsel van het ontwerp, wat de mogelijkheid van bewind betreft, opengegooid en is er zo veel meer ruimte gekomen dat, als de toekomst daaraan behoefte heeft, nieuwe bewindsvormen zich vrijelijk zullen kunnen ontwikkelen. Vanuit de commissie wordt echter opgemerkt dat aan dit laatste blijkbaar ook grenzen zijn gesteld. Men zou kunnen zeggen dat in het ontwerp niet voor een geheel open stelsel is gekozen doch met een half open stelsel is volstaan. De ontwikkeling van nieuwe bewindsvormen zal zich immers toch nog binnen de in vele opzichten nauwe grenzen van het ontwerp moeten afspelen. (...) Omdat de redenen voor dit half open stelsel niet helemaal duidelijk zijn zou een nadere toelichting op hoge prijs worden gesteld"<sup>51</sup>

---

50 In het denken van Meijers kon de bewindsfiguur voorzien in de behoefte van schuldeisers om in sommige gevallen toe te zien op het beheer van het vermogen van een schuldenaar zonder hem failliet te laten verklaren. Zie zijn opmerking over het zogenaamde crediteurenbewind tijdens de openbare behandeling van vraagpunt 8, Handelingen II (2846), 1953, PG 3, p. 467. "Crediteuren willen dikwijls iemand niet failliet doen verklaren, maar zij willen dan meer invloed in de leiding van het bedrijf hebben dan zij hebben, wanneer alles is overgelaten aan de debiteur. In dat geval zullen zij verlangen, dat die goederen - dat komt praktisch reeds veel voor - onder bewind worden gesteld van een bepaalde persoon of instelling, zonder dat daarbij de goederen worden onttrokken aan de aanspraken van andere crediteuren. Zij zijn alsdan slechts verzekerd van een beter bewind dan hetgeen tot nu toe door de debiteur werd gevoerd." In de TM bij titel 3.6 inzake bewind, PG 3, p. 468 is een verband gelegd tussen deze in de praktijk veel voorkomende vorm van bewind ten behoeve van schuldeisers en "de zeer betwiste figuur van een onherroepelijke volmacht" Zie ook TM bij art. 374, PG 3, p. 291 Zie ook § 7.4.6

51 MO bij titel 3.6 (d.d. 8 september 1976), PG 3, p. 471

Uit deze passage blijkt dat het beeld van een half open systeem in 1976 voor het eerst is gebruikt in het kader van de regeling van het bewind. Zoals nog zal blijken, heeft het beeld van een half open systeem in de literatuur uit de jaren '90 een come-back gemaakt in een andere context dan de inmiddels geschrapte regeling van het bewind. Ook ten aanzien van de typen van beperkte rechten wordt tegenwoordig gesproken van een half open systeem, dat de Typenfixierung op de tocht heeft gezet.

Het 'opengooien' van het wettelijke systeem van het bewind ging de Kamercommissie blijkbaar nog niet ver genoeg. De resterende beperkingen moesten nader worden gerechtvaardigd. In een bijzondere nota over de voorgestelde titel over bewind, naar wordt aangenomen van de hand van de toenmalige regeringscommissaris W. Snijders, is uiteen gezet waarom de vrijheid om de rechtsgevolgen van het bewind naar believen te regelen toch haar grenzen heeft:

"Dat de vrijheid om de rechtsgevolgen van het bewind bij de instelling ervan te regelen niet onbeperkt is, hangt vooral samen met de gevolgen die het bewind voor derden, onder wie schuldeisers, kan hebben. Zoals reeds is opgemerkt, is het bewind een verband dat op de goederen ligt, en derhalve vergelijkbaar met een beperkt recht (indien een zaak onder bewind staat: een zakelijk recht). Evenmin als bij de vestiging van een zodanig recht behoort het ook bij de instelling van een bewind vrij te staan af te wijken van de uit de wet voortvloeiende regels betreffende de werking ten opzichte van derden, die bij de betreffende rechtshandeling geen partij zijn. Andere beperkingen van de vrijheid de rechtsgevolgen van het bewind te regelen vloeien bij voorbeeld voort uit de bescherming die bepaalde bewindsvormen beogen te bieden tegen eigen onkunde of ondoordachttheid van de rechthebbende."<sup>52</sup>

De goederenrechtelijke context van het gesloten systeem is hier in niet mis te verstane woorden in herinnering gebracht: de verwantschap van de figuur van het bewind met de beperkte goederenrechtelijke rechten dwingt tot begrenzing van de partij-autonomie. De positie van derden is in het geding. Hun belangen staan er aan in de weg dat het systeem volledig wordt opengegoid. Bovendien biedt het goederenrechtelijk systeem aan de rechthebbende bescherming tegen zichzelf.

#### 2.2.4 *Het gesloten systeem van uiterste wilsbeschikkingen*

In het overzicht van de wettelijke bepalingen is al geconstateerd dat in art. 4:42 BW het uitgangspunt is verwoord dat alleen sprake is van een uiterste wilsbeschikking indien de rechtshandeling van de erflater is on-

---

52 Nota naar aanleiding van het eindverslag (zitting 1976-1977, no. 3770, stuk no. 12), PG 3, p. 475-6, § 3 onder de kop 'Open stelsel'.

der te brengen bij één van de in de wet geregelde of uitdrukkelijk als zodanig in de wet aangemerkte typen.<sup>53</sup> Uiteraard zijn de typen van uiterste wilsbeschikkingen nog wat verder verwijderd van de typen goederenrechtelijke rechten dan reeds de in het ontwerp voorziene vormen van bewind. Toch verdient dit gesloten systeem hier aandacht, niet alleen omdat in de parlementaire stukken over art. 4:42 BW verschillende keren een vergelijking met het gesloten systeem van het goederenrecht is gemaakt, maar ook omdat de tijdens de debatten naar voren gebrachte argumenten een bijna woordelijke echo van de debatten over boek 5 zijn.

Interessant is dat de verwijzing naar de wettelijke typen nog geen deel uitmaakte van het Ontwerp Meijers; pas in het Gewijzigd Ontwerp van 1 november 1962 is neergelegd dat alleen een in boek 4 geregelde beschikking een uiterste wilsbeschikking kan zijn.<sup>54</sup> In het aanvankelijke ontwerp was de uiterste wilsbeschikking omschreven als een 'verklaring van hetgeen iemand wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden'. Deze formulering creëerde het risico dat de wilsverklaring bij de totstandkoming van allerlei obligatoire overeenkomsten die de strekking hebben om ook na de dood van één der partijen te werken, zouden kunnen worden aangemerkt als een uiterste wilsbeschikking. Door te verwijzen naar de in boek 4 te regelen beschikkingen werd door de regering getracht dit risico te vermijden.<sup>55</sup>

Tijdens het Mondeling Overleg is de wijziging van het ontwerp door de Kamercommissie opgevat als een koersverandering.<sup>56</sup> De regering antwoordde dat slechts werd getracht te komen tot de afgrenzing van enerzijds beschikkingen tussen levenden met effect na dode en anderzijds wilsbeschikkingen in de erfrechtelijke sfeer. Hier duikt de problematiek van de wettelijke definitie van begrippen opnieuw op: van Regeringszijde werd opgemerkt dat met de verwijzing in het Gewijzigd Ontwerp naar de in Boek 4 geregelde typen wordt vermeden "dat een sluitende materiële

53 In titel 4 5 BW zijn achtereenvolgens de volgende typen uiterste wilsbeschikking geregeld: de erfstelling, het legaat, de testamentaire last, de (testamentaire) stichting, de making onder tijdsbepaling of onder voorwaarde, de benoeming van een executeur, en het testamentair bewind.

54 PG 4, p. 220 'Een uiterste wilsbeschikking is een hoogstpersoonlijke eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een in dit Boek geregelde beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden.'

55 MvA II bijart. 4:42 (d.d. 1 november 1962), PG 4, p. 217. Vervolgens zijn de verschillende typen uiterste wilsbeschikkingen volgens het ontwerp opgesomd, waaronder met name erfstellingen en ontervingen, legaten, lasten, het in het leven roepen van een stichting na dode, de aanstelling van een executeur, de instelling van een bewind na dode, de herroeping van een vroegere uiterste wilsbeschikking, de regeling van de inbreng bij uiterste wil.

56 MO (verslag vastgesteld op 22 juni 1965), PG 4, p. 221.

definiëring" van de uiterste wilsbeschikking moet worden gegeven, die immers "moeilijk kan worden gevonden". Door gebruik te maken van de techniek van een later als formalistisch aangeduide definitie gepaard met een wettelijke numerus clausus wordt vermeden dat de reikwijdte van de wettelijke regeling van uiterste wilsbeschikkingen afhankelijk wordt van een moeilijk te verwoorden materiële definitie.<sup>57</sup> Er werd dus gekozen voor - wat werd genoemd - typengebondenheid van uiterste wilsbeschikkingen: de erfflater werd gebonden aan de in Boek 4 geregelde typen van beschikking na dode.

In de kamerdebatten die hierop volgden, heeft regeringscommissaris Wiersma zelf de stap gezet naar het gesloten systeem van het goederenrecht:

"Nu echter de hoofdvraag, nl. of het wel gewenst is het begrip 'uiterste wilsbeschikking' te binden aan regeling in Boek 4, of aan wetsduiding daarbuiten. Anders gezegd, of voor uiterste wilsbeschikkingen een zelfde soort gesloten systeem moet gelden als wij thans voor de zakelijke rechten kennen en als ook in het ontwerp voor Boek 5 is voorgesteld

In het algemeen wordt de wenselijkheid van een dergelijk gesloten systeem door twee factoren bepaald, nl. aan de ene kant door de vraag of de bijzondere gevolgen, die de wet aan bepaalde rechten verbindt, het gewenst maakt het aantal typen of varianten daarvan te beperken, aan de andere kant door de vraag, of de toegelaten typen voldoende ruim zijn omschreven om aan allerlei uiteenlopende behoeften te voldoen."<sup>58</sup>

De figuur van een gesloten systeem zoals dat van de goederenrechtelijke rechten en van de typen uiterste wilsbeschikking is hier in verband gebracht met enerzijds de wetstechnische afbakening van de reikwijdte van een bijzonder wettelijk regime, en anderzijds de mate van flexibiliteit van de wet in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen. Regeringscommissaris Wiersma besluit - wellicht weinig verrassend gezien zijn functie - met een principiële keuze voor het primaat van de wetgever:

"Mijn conclusie is, dat (.) overal, waar de wetgeving naast de in het zakenrecht opgenomen zakelijke rechten een bijzonder zakelijk recht wil erkennen, de wetgever zelf moet spreken. In het algemeen kan type gebondenheid alleen maar leiden

---

57 Het verwijt van formalisme is afkomstig van Tweede Kamerlid Versteeg (A R P.), Handelingen II (1965-1966, p. 36 l.k.) bij art. 4.42 (d.d. 22 september 1965), PG 4, p. 226. "Ik pleit voor een definitie, die meer aansluit bij het bestaande recht en bij de historie, die de rechtsontwikkeling buiten de wet een mogelijkheid biedt, die niet leidt tot nog meer formalistische bepalingen elders in het B W en elders in onze wetgeving"

58 Handelingen II (1965-1966, p. 119 r k ) bij art. 4.42 (d d 5 oktober 1965), PG 4, p. 227

tot een heilzame ordening van de aanspraken die in een nalatenschap geldend kunnen worden gemaakt. Daarnaast komt dan het additionele praktische voordeel, dat een uiterste wil, d.w.z. een notariële akte, waarbij een materiële wilsbeschikking is gedaan, praktisch beter herkenbaar is."<sup>59</sup>

Zo is het principe toch nog gekoppeld aan de pragmatiek: voor zover men niet overtuigd was van de rol van de wetgever, dan gold toch het praktische argument dat het gesloten systeem in ieder geval wat uiterste wilsbeschikkingen betreft helderheid in het maatschappelijk verkeer zou creëren.

L'histoire se répétait: de vaste commissie van de Eerste Kamer keerde zich vervolgens tegen de prominente rol bij de rechtsontwikkeling die de Regering voor de wetgever in gedachten had. Met verwijzing naar de ontwikkelingen in het zakenrecht pleitte de commissie in de Eerste Kamer voor een grotere rol voor de rechter:

"Zij was van oordeel dat, gelijk ook bij andere onderwerpen, het ontwerp hier te veel wil regelen en te veel aan banden wil leggen. Zij vreesde, dat de rechter te veel buitenspel zou komen te staan en dat bijgevolg nieuwe constructies, waaraan in de toekomst een thans nog niet vermoede behoefte kan blijken te bestaan, de pas zou worden afgesneden. In dit verband bracht zij in herinnering de ervaring met het gesloten systeem van het zakenrecht, waar zich - dank zij de rechtspraak - niettemin, zij het met enige moeite, de figuur van de naar bezitloos pandrecht tenderende eigendomsoverdracht tot zekerheid heeft ontwikkeld. Is niet te vrezen dat zich nu met betrekking tot de uiterste wilsbeschikking een analoge ontwikkeling zal voordoen? (...) Het is in een gesloten systeem nu eenmaal zo, dat - om het even of dit reeds aanstonds geschiedt of door latere aanpassing - alle daarin passende en thuis behorende constructies dienen te worden omvat. En, voor zover dit door latere aanpassing moet geschieden is er een gerede kans - ook de wetgever waakt niet voortdurend - dat er ten aanzien van nieuwe ontwikkelingen een vacuum ontstaat, waarin ook de meest ruimdenkende rechter zich moeilijk zal kunnen bewegen."<sup>60</sup>

Het pleidooi voor rechterlijke rechtsvorming is vervolgens nog kracht bijgezet door te waarschuwen tegen perfectionisme en detail:

"De wet moet de oplossing geven voor het gerezen probleem en juist omdat zij niet ieder probleem kan voorzien, zal zij vaak moeten volstaan met het aangeven van algemene criteria. Het systeem van het ontwerp leidt er echter toe, dat de wet alles, en steeds méér gedetailleerd, zal moeten regelen.

De commissie zag hierin enerzijds een uiting van een neiging tot perfectionisme, niet vreemd aan ons volk, anderzijds een blijk van wantrouwen jegens de rechter, wiens taak door het ontwerp - althans, naar de bedoeling daarvan, niet, naar de

59 T.a.p., p. 236.

60 VV I bij art. 4:42 (d.d. 12 maart 1968), § 13 sub 4, PG 4, p. 239-240.



commissie verwachtte, ook naar de praktijk - zou worden beperkt tot strikte wets-toepassing."<sup>61</sup>

Deze beschouwingen van de leden van de Eerste Kamer hebben geleid tot een zeer uitvoerige Memorie van Antwoord. Daarin is allereerst gewezen op vele vragen die het gevolg waren van een vage en zeer ruime omschrijving van het begrip uiterste wil in artikel 922 Oud BW; hierdoor bestond onzekerheid over de reikwijdte van de regels die vereisten en beperkingen stelden aan de geldigheid, de inhoud en de herroepingsmogelijkheid van een uiterste wil en meer in het bijzonder de erfstelling, het legaat en de testamentaire last. Bij de bespreking van het nut van 'typengebondenheid voor erfrechtelijke beschikkingen' vermeldt de Memorie van Antwoord nog:

"De vraag waarop het wezenlijk aankomt in een stelsel van typengebondenheid is of de wet de erflater een voldoende mate van regelingsbevoegdheid ten aanzien van de inhoud van zijn testament toestaat."<sup>62</sup>

Onder de kop 'bezwaren tegen het gesloten systeem' gaat de Memorie van Antwoord nog in op de vergelijking met het gesloten systeem van het zakenrecht. Deze wordt aangemerkt als een misverstand; de onjuiste indruk was gewekt dat de bijzondere typen van uiterste wilsbeschikkingen aan soortgelijke beperkingen als zakelijke rechten onderworpen zouden zijn. De Memorie wijst vervolgens op de heel ruime omschrijving in het ontwerp voor de regeling van het legaat, en concludeert:

"Een recht van daarmee vergelijkbare algemene betekenis ontbreekt echter in het zakenrecht. Enkel daarop moet de vergelijking met het gesloten systeem van het zakenrecht dan ook afstuiten. In wezen ligt het stelsel van het ontwerp ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen dan ook dichter bij het contractenrecht dan bij het zakenrecht. Evenals binnen de grenzen van wet, openbare orde en goede zeden partijen in het contractenrecht alle vorderingen bij overeenkomst in het leven kunnen roepen, kan de erflater bij legaat alle vorderingen tegen de in artikel 4.4.2.1 lid 2 genoemde personen in het leven roepen: daarnaast kan hij aan erfgenamen en legatarissen ook nog lasten opleggen, verplichtingen waartegenover geen vorderingsrecht staat."<sup>63</sup>

---

61 T.a.p., p. 245.

62 MvA I bij art. 4:42 (d.d. 3 juni 1969), § 13 sub 1, PG 4, p. 247-248.

63 MvA I bij art. 4:42 (d.d. 3 juni 1969), § 13 sub 4, PG 4, p. 253-254.

Hier is niet zozeer interessant in hoeverre het wettelijke stelsel van uiterste wilsbeschikkingen aangemerkt kan worden als een gesloten systeem.<sup>64</sup> Interessanter is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen Typenzwang en Typenfixierung, dat de mate van abstractie en de reikwijdte van de wettelijke definities daarbinnen bepalend zijn voor de geslotenheid en dat 'typengebondenheid' een belangrijke organisatorische functie vervult doordat de wettelijke typen bepalend zijn voor de al dan niet toepasselijkheid van allerlei regimes.

Het is misschien de heel algemene aard van de kritiek van de Kamerleden, zonder veel oog voor de praktische complicaties en de maatschappelijke gevaren van een open regeling van uiterste wilsbeschikkingen, die de regering en vervolgens ook de Eerste en Tweede Kamerleden zelf ertoe hebben gebracht het gesloten stelsel te handhaven. In de eindversie van art. 4:42 lid 1 BW is het gesloten systeem duidelijk terug te zien.<sup>65</sup>

Veel later heeft de wetgever onomwonden bevestigd dat in art. 4:42 lid 1 BW een gesloten systeem is gecreëerd:

"Voor de wetgever vormt een definitie in de wet in de eerste plaats een hulpmiddel voor een goed begrip en de juiste toepassing van de wet. Om die reden kan het zinvol zijn om aanwijzingen te bezigen zoals de beperking tot beschikkingen die 'in dit Boek zijn geregeld of in de wet als zodanig worden aangemerkt', ook als die uit wetenschappelijk oogpunt misschien gemist konden worden. Over deze beperking valt overigens op te merken dat deze er met name toe strekt om tot uitdrukking te brengen dat de wet een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen kent."<sup>66</sup>

Ook hier wordt de geslotenheid van het stelsel in verband gebracht met de definitie van rechtsfiguren in de wet en de reikwijdte van de daarvoor geldende wettelijke regimes.

---

64 Minister Polak deed er in de Eerste Kamer op 9 en 10 september 1969 nog een schepje bovenop: "Er is in feite weinig anders aan de hand dan dat het niet geregelde open systeem van het thans geldende recht wordt vervangen door een wel geregeld open systeem met betrekking tot legaten en lasten." Zie PG 4, p. 262.

65 De tekst luidt sinds de Wet van 11 september 1969 tot vaststelling van boek 4. 'Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt.'

66 Nota II bij art. 4:42 (d.d. 29 april 1997), PG Inv. 4, p. 1773.

## 2.3 De goederenrechtelijke numerus clausus in de rechtspraak

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is een leerstuk dat niet snel als zodanig in de vorm van een concrete rechtsvraag aan de rechter wordt voorgelegd. De meeste goederenrechtelijk georiënteerde jurisprudentie betreft een specifiek goederenrechtelijk recht, of een bepaalde wijze van verkrijging of verlies van rechten. Toch is er enige rechtspraak waarin de term 'gesloten stelsel' valt, of waarin algemene aspecten van het goederenrechtelijk systeem aan de orde komen. In deze paragraaf worden de meest significante uitspraken ten aanzien van de geslotenheid van het goederenrechtelijk stelsel in het algemeen besproken. De jurisprudentie is niet chronologisch, maar thematisch geordend.

Het gaat in de eerste plaats om het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905, dat de autonomie van het stelsel van het zakenrecht heeft versterkt (§ 2.3.1). De vraag of buiten de wet nog zakelijke rechten bestaan komt vervolgens aan de orde bij de bespreking van enige jurisprudentie uit de decennia rond 1900 (§ 2.3.2). Daarbij zal blijken dat de erkenning van oude zakelijke rechten een grote rol speelt bij de aanvaarding van nieuwe zakelijke rechten zonder duidelijke grondslag in het oude BW, zodat enige nadere aandacht moet worden besteed aan het overgangsrecht inzake het zakenrecht (§ 2.3.3). Een fraaie analyse van het zakenrechtelijke systeem is te vinden in een arrest van het Hof Arnhem uit 1933 inzake een recht van kleigraving, dat daarom vervolgens uitvoerig wordt beschreven en becommentarieerd (§ 2.3.4).

Vervolgens wordt aandacht besteed aan enige andere arresten die van belang zijn voor de betekenis van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Daarbij wordt min of meer dezelfde indeling gevolgd als in eerste paragraaf. Eerst komen de typen van goederenrechtelijke rechten aan de orde (§ 2.3.5), waarbij aandacht wordt besteed aan onder meer arresten inzake fiduciaire eigendom en het stelsel van voorrang in verband met de kwaliteitsrekening. Vervolgens worden in de rubriek wijzen van rechtsverkrijging en -verlies enige oude arresten over natrekking en enige jonge arresten over accessoriteit besproken (§ 2.3.6). Vooral rechtspraak waarin algemene rechtsoverwegingen over het aantal typen goederenrechtelijke rechten, hun inhoud en de wijzen van verkrijging zijn te vinden, wordt in deze paragraaf besproken. Sommige arresten die de inhoud van een specifiek goederenrechtelijke recht betreffen, komen in latere hoofdstukken aan de orde.

### 2.3.1 Blaauboer/Berlips

Alleen al op grond van de eerder aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis past het om het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 te presenteren als de jurisprudentiële basis voor de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem.<sup>67</sup> Het arrest strekt verder dan alleen uitleg van art. 1354 Oud BW over rechtsopvolging in contractuele rechten; het grenst het goederenrecht af van het verbintenissenrecht en bevestigt daarmee wat wordt genoemd de autonomie van het goederenrecht.

De gebroeders Berlips hadden op een veiling in 1881 een groot aantal bouwpercelen verkocht aan verschillende personen die in de procedure werden vertegenwoordigd door de makelaar Blaauboer. De verkopers hadden zich daarbij verplicht om ten behoeve van de verkochte percelen een weg aan te leggen op een door hen behouden strook daarlangs. Zonder aan hun verplichting te hebben voldaan, verkochten de gebroeders Berlips in 1887 deze strook echter aan een derde. Rond 1900 is Blaauboer vervolgens namens de kopers gaan procederen tegen de overgebleven broer Berlips, om schadevergoeding wegens wanprestatie te verkrijgen. Berlips verweert zich met de stelling dat de verplichting geheel is overgegaan op de koper van de desbetreffende strook grond, en dat hij daarvan derhalve is bevrijd.

Na het gelijk aan zijn zijde te hebben gekregen bij de rechtbank en het hof in Amsterdam, delft Berlips bij de Hoge Raad in 1905 het onderspit. De Hoge Raad grondt zijn oordeel niet alleen op een rechtshistorische interpretatie van art. 1354 Oud BW<sup>68</sup>, maar vooral ook op een analyse van de door Berlips voorgestane karakterisering van de verplichting om een weg aan te leggen. Deze analyse van het rechtskarakter heeft vijf elementen die alle relevant zijn voor de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem.

Het eerste element is het adagium *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Na te hebben voorop gesteld dat ook een verbinte-

67 HR 3 maart 1905, W. 8191, WPNR 1844 (Blaauboer/Berlips), zonder annotatie maar - wellicht daarom - met een nagekomen redactionele adhesiebetuiging in W. 8200 (1905).

68 De tekst van art. 1354 Oud BW, de letterlijke vertaling van art. 1122 van de Franse Code civil, luidt: 'Men wordt voorondersteld bedongen te hebben voor zich zelf, en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeien.' Op gezag van Pothier oordeelde de Hoge Raad dat de term 'bedongen hebben' niet mede omvat 'het zich verbonden hebben'. Zie over de rechtshistorische context van deze beslissing C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam, 1999, hoofdstuk 5

nis met betrekking tot een onroerende zaak een gewone verbintenis is tenzij "uit eenige wetsbepaling ontwijfelbaar het tegendeel volgt", verwerpt de Hoge Raad de redenering van het Hof dat de eigenaar die een dergelijke verbintenis is aangegaan, beperkt is in het genot en de vrije beschikking over die zaak zodat bij vervreemding die zaak niet anders dan met diezelfde beperking of voorwaarde op de nieuwe eigenaar kan overgaan. De Hoge Raad vervolgt "dat toch persoonlijke verbintenissen het eigendomsrecht zelf niet beperken".

Het tweede element is de relatieve werking van overeenkomsten, zoals destijds nog in de wet verankerd in art. 1376 Oud BW.<sup>69</sup> Met de wettelijke regel dat overeenkomsten niet ten nadele van derden kunnen strekken, zou niet in overeenstemming zijn dat een verplichting om iets te doen met betrekking tot zijn zaak bij eigendomsovergang op de nieuwe eigenaar komt te rusten, terwijl deze een derde is met betrekking tot de overeenkomst, "in zoover hij noch is een der daarbij gehandeld hebbende partijen, noch een van degenen, welke de persoonlijkheid van dezen voortzetten".

Het derde element van de redenering sluit aan op de relatieve werking van overeenkomsten door de uitgezette lijn door te trekken naar het goederenrecht:

"O. verder, dat, waar de verbintenis zoude rusten op elken eigenaar als zoodanig het recht op de vervulling dier verbintenis een zakelijk karakter bekomt, hoewel voortspruitende uit overeenkomst, iets, dat zonder eene wetsbepaling, dit bepaaldelijk voor een geval als het besprokene veroorlovene, niet kan worden aangenomen, omdat daarmede de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht, wordt uitgewischt;"

In dit beroemde laatste zinsdeel worden de tweede en de derde dimensie van de motivering bekroond door de wederzijdse autonomie van het verbintenissenrecht respectievelijk het goederenrecht te benadrukken.<sup>70</sup>

De vierde dimensie is de *Typenfixierung* van het recht van erfdienstbaarheid. De Hoge Raad acht de overgang van een verbintenis op elke nieuwe eigenaar in strijd met het stelsel der wet omtrent erfdienstbaarheid.

---

69 De tekst van art. 1376 Oud BW, de letterlijke vertaling van art. 1165 van de Franse Code civil, luidt: '1. Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen. 2. Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken; zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in het geval voorzien bij artikel 1353.'

70 HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Eilandengebied Curaçao/Boyé) kan worden beschouwd als een vervolg op de geciteerde passage: bij de kwalificatie van een contractuele clausule als een kettingbeding werd door de Hoge Raad aangetekend "dat deze uitleg niet meebrengt dat aan het beding zakelijke werking wordt toegekend, nu zijn werking bij die uitleg berust op het telkens opnieuw bedingen van contractuele verplichtingen."

den, aangezien de wet alleen binnen bepaalde grenzen toelaat blijvende lasten te leggen op een erf, namelijk "enkel tot gebruik en ten nutte van een erf en alleen met betrekking tot lasten, bestaande in de verplichting om iets te dulden of niet te doen". Daaruit volgt

"dat derhalve de wetgever niet kan gewild hebben en blijkens de geschiedenis dan ook niet gewild heeft, dat op een eigenaar als zoodanig, nog wel bij overeenkomst, verder gaande lasten - te weten, om iets te doen (eene straat aan te leggen) - zouden kunnen worden gelegd en zulks ten behoeve van een persoon."

Het dwingende karakter van de wettelijke omschrijving van de inhoud van de wettelijke goederenrechtelijke rechten, een wezenlijk element van de goederenrechtelijke *numerus clausus*, wordt hiermee onderstreept.

Het sluitstuk van de motivering doet niet onder voor de vier voorgaande argumenten. De Hoge Raad verwijst ten vijfde naar het publiciteitsbeginsel. Daarmee is de overgang van een verbintenis op elke nieuwe eigenaar niet te rijmen.

"O. dat ook zoodanige overgang, waardoor groote onzekerheid wordt in het leven groepen, ten aanzien van lasten, welke op goederen rusten, niet is overeen te brengen met het stelsel van openbaarheid, door de wet - behoudens de verkrijging door verjaring - aangenomen bij vestiging van zakelijke rechten, (..),"

De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem wordt in Blaauboer/Berlips nergens met zoveel woorden vermeld, maar de vijf genoemde argumenten zijn alle daarop terug te voeren. De strikt relatieve werking van persoonlijke rechten met daarmee in verband de categorische verwerping van elke vorm van verzakelijking van verbintenissen zonder wettelijke basis, en het dwingende karakter van de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten veronderstellen alle de zelfstandigheid van het goederenrechtelijk stelsel. Het wettelijke stelsel van publiciteit voor de vestiging van goederenrechtelijke rechten en de rechtszekerheid die daarmee voor derden wordt gewaarborgd, vormen in belangrijke mate de rechtvaardiging voor de geslotenheid van het goederenrechtelijk stelsel. Daarom kan worden gesteld dat in Blaauboer/Berlips de essentie van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is belichaamd.

### 2.3.2 *De numerus clausus in vroege jurisprudentie*

Het arrest Blaauboer/Berlips is vooraf gegaan door een ander arrest van de Hoge Raad van 8 januari 1897, dat door de latere literatuur en jurisprudentie wat lijkt te zijn overschaduwd. Dit komt wellicht mede door enige

processuele onvolkomenheden, die de interpretatie van het arrest uit 1897 compliceren. Toch lijkt het arrest een fundamenteel oordeel over een aspect van de *numerus clausus* te geven.

De rechters kregen te oordelen over de vordering van de weduwe van een heer Sint Nicolaas tot amotie van een getimmerte dat haar het vrije overpad belette door de slop die grensde aan haar huis in 's-Gravendeel. De gedaagde was rechtsopvolger op grond van koop van de persoon die het huis in 1866 aan haar man had verkocht en die destijds zelf eigenaar bleef van het aangrenzende perceel met de slop. Bij de verkoop in 1866 was het 'vrije uit- en overpad' door dat slop overeengekomen. De gedaagde stelde niet gebonden te zijn aan de toezegging van zijn rechtsvoorganger.

De rechtbank in Dordrecht wees de vordering af omdat voor overgang van een verbintenis ten aanzien van een onroerend goed op de koper vereist zou zijn dat van die last melding had moeten worden gemaakt in de akte van levering door degene die de verbintenis was aangegaan.<sup>71</sup> In appel bevestigde het Hof Den Haag het vonnis op twee gronden. Het Hof stelde feitelijk vast dat de eiseres haar vorderingen had gebaseerd op een persoonlijke verbintenis en niet op een zakelijk recht zoals een servituut, en bovendien dat evenmin ten processe was gebleken dat ofwel de gedaagde ofwel zijn rechtsvoorganger zich had verbonden tot datgene waarvan nakoming werd gevorderd. Aan dit tweede - enigszins verrassende - feitelijke oordeel deed het Hof een schijnbaar zeer principiële overweging over art. 1354 Oud BW vooraf gaan:

"een beroep op art. 1354, gelijk de eischeresse dat artikel opvat, haar alleen dan kan baten, als er in deze sprake was van eene zuiver persoonlijke verbintenis betreffende eene onroerende zaak, maar niet, zooals in casu, van het bestaan van een zakelijk recht zelf, dat slechts op de bij de wet voorgeschreven wijze kan worden daargesteld;"

In cassatie werd geklaagd dat het Hof hiermee art. 1354 had geschonden. Op 8 januari 1897 verwierp de Hoge Raad dit middel met de volgende overweging:

---

71 Rb. Dordrecht 20 april 1895, W. 6675 (1895), vervolgens in appel Hof 's-Gravenhage 15 juni 1896, W. 6848 (1896) en W. 6870 (1896), gevolgd door HR 8 januari 1897, W. 6916 (1897). Zie ook de beschrijving en de citaten uit de uitspraken bij Du Perron, diss., no. 260, p. 231-233, die overigens concludeert: "Ik kan in het arrest dan ook niet een principiële uitspraak over de verhouding tussen de overgang van persoonlijke verplichtingen en het stelsel van zakelijke lasten lezen."

"dat die beslissing juist is; dat toch op de wijze in art. 1354 BW bedoeld, nooit rechten verleend kunnen worden, die, om bestaanbaar te zijn, in den vorm van een zakelijk recht gevestigd zouden moeten zijn, en dat, waar niet blijkt, dat een voorganger in den eigendom zich tot datgene wat gevorderd wordt, heeft verbonden, deze ook niet kan gezegd worden voor zijn rechtverkriggende of opvolger eene verbintenis om dit te praesteeren, aangegaan te hebben;"

De slop mocht dus dicht blijven.

Dit arrest lijkt om twee redenen van bijzonder belang. Ten eerste kan het worden gezien als een zwaluw van de zomer van Blaauboer: de Hoge Raad lijkt al in dit arrest een restrictieve positie te hebben gekozen ten aanzien van de uitleg van art. 1354 Oud BW. Zoals hierboven is beschreven, heeft de Hoge Raad uiteindelijk in Blaauboer/Berlips een andere, nog restrictievere koers gekozen, door te oordelen dat art. 1354 in het geheel geen grondslag bood voor de overgang van verplichtingen van een eigenaar op zijn rechtsopvolger.<sup>72</sup>

Ten tweede kan het arrest worden gelezen als een principiële verwoording van een aspect van de *numerus clausus*: indien de wet voorziet in een zakelijk recht voor het toekennen van een bepaalde bevoegdheid ten aanzien van andermans grond, kan niet hetzelfde worden bewerkstelligd door middel van verbintenissen. Anders dan in het geval Blaauboer/Berlips, dat een bouwplicht in de vorm van aanleg van een weg betrof, ging het hier om de verplichting om overpad te dulden. Het recht van vrije overpad had ook destijds in de vorm van een erfdienstbaarheid gevestigd kunnen worden. Derhalve had het ook in die vorm, en niet in een samenstel van persoonlijke verbintenissen, gemoeten, zo lijkt uit het arrest uit 1897 te volgen. Deze rechtsregel zou erop neerkomen dat niet verbintenismatig kan wat zakenrechtelijk mogelijk is. In latere jurisprudentie van de Hoge Raad is nooit meer een dergelijke rechtsregel verwoord.<sup>73</sup>

Op de keper beschouwd bieden noch het arrest uit 1897 noch het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 antwoord op twee andere kernvragen inzake

72 Interessant is de samenstelling van de kamer die dit arrest wees, naast J.G. Kist, J. Kalff, B.C. de Jonge, A.P.Th. Eyssell, S.M.S. de Ranitz en A.M. van Stipriaan Luiscus had ook P.R. Feith zitting. Feith publiceerde later in 1897 een in het volgende hoofdstuk nog uitvoerig te bespreken artikel in Themis, dat wordt gezien als de basis voor het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905. Dit arrest is overigens door een vrijwel geheel anders samengestelde kamer gewezen; alleen Van Stipriaan Luiscus heeft op beide arresten gezeten. In het volgende hoofdstuk zal ook blijken dat in 1898 door een staatscommissie van vijf leden een ontwerp tot herziening van het zakenrecht is voltooid, waarin de *numerus clausus* uitdrukkelijk is verwoord. Zowel Feith als Eyssell waren lid van deze staatscommissie. Ook lid was D.G. van Teylingen, die later met Van Stipriaan Luiscus het arrest Blaauboer/Berlips wees.

73 Zie nader § 8.3.2.



de numerus clausus. Ten eerste was het op basis van deze arresten nog een open vraag of het aantal goederenrechtelijke rechten was beperkt tot de *in de wet* genoemde. Denkbaar was dat de numerus clausus ook goederenrechtelijke rechten omvat die buiten de wet om worden erkend. Zo dat het geval was, bleef ten tweede onduidelijk of partijen ten tijde van het oude BW de vrijheid hadden om *nieuwe* buitenwettelijke typen zakelijke rechten te vestigen.

Het antwoord op de eerste vraag is ook in jurisprudentie van de Hoge Raad uit dezelfde tijd te vinden. Er bestaat een hele reeks arresten uit het begin van de vorige eeuw over de openbare weg.<sup>74</sup> Die procedures betroffen niet alleen de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in geschillen met overheidsinstanties zoals gemeenten over het publiekrechtelijk georiënteerde fenomeen van een openbare weg; ook het rechtskarakter van een openbare weg is daarin aan de orde geweest. Destijds werd onderscheid gemaakt tussen twee typen openbare weg, enerzijds de weg met een openbare bestemming van publiekrechtelijke aard en anderzijds de openbare weg op basis van een privaatrechtelijk zakelijk recht.<sup>75</sup> In de literatuur was overigens omstreden of een zakelijk recht van openbare weg naar zijn aard kon bestaan. Tegenstanders meenden dat 'het publiek' in het algemeen geen rechthebbende kan zijn tot een zakelijk recht.<sup>76</sup>

---

74 Het hier te bespreken arrest uit 1913 kan worden beschouwd als het slotakkoord van een serie arresten. De problematiek is destijds besproken door L. van Praag, *Openbare wegen*, Themis 1922, p. 291-328.

75 Aldus uitdrukkelijk ook HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313, W. 9574 m nt E.M. Meijers (weg te Heemskerk) niet mag worden verward 'het zakelijk recht van openbaren weg - op welk recht te dezen de gemeente hare vordering doet steunen, - met de gelegenheid die het publiek heeft om als openbare weg te gebruiken een stuk grond, dat door den eigenaar daarvan tot openbaren weg is bestemd, en welke bestemming geen rechtsband tusschen den eigenaar en het publiek doet ontstaan, doch aan het publiek slechts de gelegenheid opent om dien grond als openbaren weg te gebruiken, hetgeen echter niet den inhoud uitmaakt van het te dezen aan de gemeente toegekende zakelijk recht van openbaren weg,' Volgens H.P.J.A.M. Hennekens, *De openbare weg en het privaatrecht*, diss. Nijmegen, 1977, p. 4, wordt het door de Hoge Raad in dit arrest gemaakte onderscheid in de literatuur niet langer gemaakt en is de rechtsfiguur van het zakelijk recht van openbare weg verdwenen.

76 Aldus o.m. P.-G.T.J. Noyon voor HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313 en later in dezelfde lijn ook A.-G. Besier voor HR 30 maart 1917, NJ 1917, p. 502. Noyon stelde dat een door een private actie te beschermen vermogensbestanddeel zoals een zakelijk recht voor afstand en vervreemding vatbaar moet zijn, en vroeg zich verder af wie dan wel rechthebbende van een openbare weg kon zijn, het publiek dat gebruik maakt van de openbare weg? Dan volgt een politiek tegenwoordig weinig correcte formulering: "Maar het publiek is niet eene persoon, houdster of verkrijger van private rechten. Dan elk lid van het publiek, iedereen? Men zou tot de on-

De Hoge Raad was kennelijk niet gevoelig voor dit bezwaar.<sup>77</sup>

Het geschil dat leidde tot een arrest uit 1913 betrof een pad in de gemeente Heemskerk, het zogenaamde Schoolpad. Dit pad op de grond van een particulier, de wederpartij in de procedure, was "sinds mensenheugenis reeds vóór 1664" als openbare weg bestemd door de opvolgende eigenaren van de percelen waarover dit voor het publiek toegankelijke pad liep. Daarbij kwam dat "het openbaar gezag, ook deze gemeente, zich het pad als openbare weg heeft aangetrokken, daarover schouw dreef, daaromtrent verordeningen vaststelde, en voor onderhoud en toezicht zorgde, door welke, den eigenaar kenmerkende, handelingen de gemeente blijk gaf de aan dien grond gegeven bestemming tot openbare weg te willen vastleggen". Op basis van deze omstandigheden kwam de Hoge Raad tot de slotsom dat hier sprake was van een zakelijk recht van openbare weg dat aan de gemeente Heemskerk toekwam. De nieuwe eigenaar van de grond waarover het pad liep, de boer G. Schoehuys, had dat recht van de gemeente geschonden, en moest derhalve de toegang tot het pad en een door de gemeente daar gebouwde brug herstellen.<sup>78</sup>

Waar het in deze studie om gaat, is hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld met betrekking tot de *numerus clausus* van in de wet genoemde zakelijke rechten. Schoehuys had onder meer gesteld dat van een privaatrecht

---

gerijmdheid komen, dat elke vreemdeling, wiens omstandigheden nimmer kunnen medebrengen dat hij van den weg gebruik zal maken, elke neger uit de binnenlanden van Afrika, kon vorderen dat de weg in stand wordt gehouden, omdat het recht daarop een deel van zijn vermogen uitmaakt " Dit perspectief sprak kennelijk tot de verbeelding van de deelnemers aan de vergadering van de Broederschap der Notarissen 1914 in Groningen, waarvan het verslag is gepubliceerd in het Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen in Nederland, 18 (1914) D J van Stockum, p. 157, verruimde het wereldbeeld door een Laplander te laten vooraf gaan aan "de eerste de beste neger uit de binnenlanden van Afrika", vervolgens

77 Zie reeds HR 18 april 1902, W. 7756 (weg te Cuijk aan de Maas). Dit arrest betreft vooral de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in dergelijke geschillen, maar bevat ook een passage die het zakenrechtelijk karakter van het recht van openbare weg fundeert: "dat toch het recht om een openbaren weg over eens anders grond te hebben, al wordt het meestal uitgeoefend door een publiekrechtelijk lichaam, en al is het niet geregeld in het Burgerlijk Wetboek, niettemin een bestanddeel kan uitmaken van het vermogen van hem die het uitoefent, en evenals andere vermogensrechten, door een titel kan worden verkregen, en voor bezit en verjaring vatbaar is, dat bovendien de last van openbaren weg over eens anders grond, den eigenaar van dien grond beperkt in het vrije genot van, en de volstrekte beschikking over zijn eigendom, zoodat ook uit dien hoofde bij het onderzoek naar het bestaan van dien last een vraag van burgerlijk recht aan het oordeel van de recht wordt onderworpen."

78 De telefoongids geeft geen vermelding van het Schoolpad in Heemskerk, maar families met de naam Schoehuys woonden einde jaren '90 nog steeds op twee plaatsen nabij elkaar aan de Tolweg.

rechtelijk recht van openbare weg geen sprake kan zijn, aangezien in het BW dat recht werd geregeld noch genoemd. De Hoge Raad vervolgt dan met een algemene verwerping van het bestaan van een wettelijke numerus clausus:

"Uit de omstandigheid dat het B.W. zoodanig recht niet uitdrukkelijk erkent, kan niet worden afgeleid, dat er behalve de in het B.W. opgenoemde geen andere zakelijke rechten bestaan,"

De numerus clausus van zakelijke rechten is volgens de Hoge Raad in dit arrest dus niet beperkt tot de in het Burgerlijk Wetboek genoemde. Naast die in het BW kunnen andere zakelijke rechten bestaan.

Deze overweging van de Hoge Raad uit 1913 is significant, maar verdient enige relativering.<sup>79</sup> Blijkens de feiten uit het arrest is hier sprake van een 'oud zakelijk recht', aangezien het vóór 1664 werd gevestigd.<sup>80</sup> Nog uit het recht van vóór het nu oude BW stammende zakelijke rechten werden geëerbiedigd ondanks het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag voor elk oude recht, zoals dat ook na invoering van het BW van 1992 in beginsel het geval is.<sup>81</sup> De verwerping van een Typenzwang in de wet is daarom niet revolutionair te noemen. Bovendien refereert de Hoge Raad slechts aan het BW; strikt genomen heeft de Hoge Raad slechts beslist dat de numerus clausus niet beperkt is tot de in het BW genoemde rechten.<sup>82</sup> Het bestaan van een Typenzwang op basis van mede andere

79 Meijers, in zijn noot in W. 9574, wees op de dubbele betekenis die de uitspraak van de Hoge Raad kan hebben. "Hij kan daarmede bedoelen dat er rechten van vóór 1838 bestaan, die niet in het B.W. genoemd zijn, maar desniettemin als zakelijke rechten moeten aangemerkt worden. Echter ook kan de betekenis der uitspraak zijn, dat zelfs thans nog andere dan de in het B.W. genoemde zakelijke rechten gevestigd kunnen worden "

80 Het zakelijk recht van openbare weg wordt door Ketelaar, diss., niet behandeld als oud zakelijk recht

81 Zie nader § 2.3.3.

82 Er bestaat veel jurisprudentie uit de eerste decennia van de 20<sup>e</sup> eeuw over het zakelijk recht van eigen graf. Zoals blijkt uit een procedure tussen de gemeente Amsterdam en een familie Van Hemert over een graf dat was verleend in 1868 op de algemene Westerbegraafplaats (Rb. Amsterdam 5 mei 1913, NJ 1913, p. 881, gevolgd door Hof Amsterdam 19 november 1915, NJ 1916, p. 271, en ten slotte HR 2 maart 1917, NJ 1917, p. 392), werd dit recht aangemerkt als een privaatsakelijk recht eigener natuur, dat wel in omvang naar niet in aard verschilt van het eigendomsrecht, waarvoor de grondslag in de wet lag besloten in het op dat moment nog steeds van kracht zijnde Décret Impérial sur les Sépulcres van 23 Prairial an XII (12 juni 1804). Zie ook Hof Arnhem 5 januari 1921, NJ 1921, p. 237, gevolgd door HR 9 december 1921, NJ 1922, p. 219, en de boeiende beschouwingen van Hof Amsterdam 14 november 1919, NJ 1920, p. 25, over de vraag of het grafrecht ook eigendom van de grond meebracht, waarin onder veel meer over het grafrecht. "dat wel is waar dit recht nergens als een zakelijk recht wordt genoemd, maar dat dit geen reden is,

wetten is derhalve niet uitdrukkelijk verworpen. Daar komt ten slotte nog bij dat het hier erkende zakelijke recht van openbare weg wellicht kon worden gebracht onder de destijds geldende definitie van het recht van erfdiensbaarheid.<sup>83</sup> Zo bezien zou het in dit arrest erkende zakelijke recht van openbare weg slechts een nader benoemde vorm zijn van het algemene wettelijke type erfdiensbaarheid.<sup>84</sup>

De tweede openstaande vraag is of ten tijde van het oude BW partijen de vrijheid hadden om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren. Op deze vraag is in de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad geen uitdrukkelijk antwoord te vinden, zij het dat uit sommige passages tussen de regels door wellicht wel een standpunt zou kunnen worden afgeleid.<sup>85</sup>

In een deel van de lagere jurisprudentie rond 1900 is een duidelijke hang naar ruime erkenning van de partij-autonomie in het zakenrecht te bespeuren. Opvallend is dat het steeds gaat om vonnissen van de Rechtbank Rotterdam en dat steeds dezelfde rechtsvraag aan de orde was, namelijk de vraag of oude weiderechten konden worden aangemerkt als zakelijk recht. Het gaat om het recht om grasgewas op een perceel te

---

gelijk de Rechtbank schijnt te meenen, dat het niet een bijzonder zakelijk recht zou kunnen zijn'. In 1869 is de Franse wet vervangen door de Begrafeniswet, dat in art 12 voorzag in een vergelijkbare regeling. Thans worden grafzaken beheerst door de Wet op de lijkbezorging, om art 28 lid 1. Zie voor de zakenrechtelijke status van een grafzerk overigens HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m nt WMK (R K begraafplaats St Barbara).

83 P-G Noyon wees ook op de mogelijkheid dit recht van openbare weg als een erfdiensbaarheid te erkennen, ten gunste van een aangrenzende aan de gemeente toebehorende weg, zoals in de Franse doctrine werd verdedigd, maar verwierp deze optie, niet alleen omdat het bestaan van een aangrenzend erf niet was gesteld, maar ook omdat z 1 de toegankelijkheid voor het publiek niet kon worden verklaard met een recht van erfdiensbaarheid ten behoeve van de gemeente. Zie verder ook Hennekens, a w , hoofdstuk IV, § 2, over het probleem dat bij een beperkt zakelijk recht tot algemeen gebruik bezwaarlijk kan worden gesproken van een subjectief recht van de gebruikers.

84 Vgl. een zakelijk recht ten aanzien van bomen op een buurerf, zoals aangenomen door het Kantongerecht Utrecht 20 januari 1927, NJ 1928, 66.

85 De stelling dat door de Hoge Raad geen uitdrukkelijk standpunt is ingenomen, is verdedigd door Meijers, Art 584 B W en de zakelijke rechten, RM 1907, p 271 e v , herdrukt in VPO 2, 1955, p 8-26, op p 9. Op passages die erbij in de buurt komen, is gewezen door J H Wildervanck de Blecourt, Kunnen volgens ons recht nog andere zakelijke rechten dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevestigd worden?, Preadvies Broederschap Notarissen 1914, Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen in Nederland, 1914, achttiende deel, tweede aflevering, op p 35. Hij verwijst naar HR 30 januari 1880, W 4473, HR 8 april 1902, W 7756 (weg te Cuijk aan de Maas) en HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313, W 9574 (weg te Heemskerck), en overigens naar Rb Rotterdam 23 april 1877, W 4108. Wildervanck wijst op p 23 ook op HR 20 mei 1887, W 5441.

maaien en te weiden, dat ook recht van etting werd genoemd als het toekwam aan één gerechtigde en niet beperkt was tot bepaalde jaargetijden.<sup>86</sup> Ten aanzien van een recht van dijkettinge overwoog de rechtbank in Rotterdam in 1877:

"O immers dat de opsomming van zakelijke rechten, in art 584 B W niet limitatief, maar enunciatief moet worden opgevat, en nergens bij dat Wetboek verboden is, om ook andere zakelijke rechten te scheppen, of om in de, aan deze of gene soort door de Wetgever toegekende, eigenschappen, zoodanige wijzigingen te brengen, als slechts met den aard van zakelijke rechten in het algemeen bestaanbaar zijn zou"<sup>87</sup>

Ook bijna 25 jaar later, in 1902, besliste de Rechtbank Rotterdam in gelijke zin omtrent het zakelijk karakter van het recht op het genot van grasge-  
was:

"O. dat nu de wet niet uitsluit een zakelijk recht te vestigen op aan een ander in eigendom toebehoorende perceelen van anderen inhoud en omvang dan juist de in de wet opgenomene, het onderhavige recht van genot moet worden beschouwd als een zakelijk recht eigener natuur, waar van inhoud en omvang moet worden opgemaakt, hetzij uit een titel, hetzij uit de feitelijke uitoefening"<sup>88</sup>

Dan keert kennelijk het tij, want weer een vonnis van de Rechtbank Rotterdam over een weiderecht, uit 1914, verwoordt duidelijk de *numerus clausus*-gedachte, wellicht geïnspireerd door het artikel van Meijers in het *Rechtsgeleerd Magazijn* uit 1907. De Nederduitsche Hervormde Gemeente te Capelle aan den IJssel stelde reeds sinds 1641 gerechtigde te zijn tot een recht van dijkettinge van percelen aan de Schielandsch Hoogen Zee-dijk. Zij stelde dat het recht als zakelijk recht tegenwerpelijk zou zijn aan de heer Mijnlief, op dat moment eigenaar van de grond waarop het recht betrekking had, die zich tegen de uitoefening was gaan verzetten door zelf het grasgewas te maaien en af te voeren. De rechtbank overwoog:

"O toch, dat rechten in subjectieven zin hun grondslag moeten vinden in de wet, hetzij in een bepaald voorschrift, hetzij in een in de wet neergelegd algemeen beginsel,

O dat, terwijl de overeenkomst in het algemeen als bron van verbintenis door de wet wordt erkend, deze eene overeenkomstige algemeene regeling ten aanzien van zakelijke rechten niet bevat, maar slechts enkele rechten in het bijzonder als zakelijke rechten aanduidt en dienaangaande voorschriften geeft,

---

86 Zie nader F C J Ketelaar, *Oude zakelijke rechten*, diss. Leiden, 1978, hoofdstuk VIII

87 Rb Rotterdam 23 april 1877, W 4108

88 Rb Rotterdam 27 januari 1902, W 7829

O dat echter het recht van dijkettinge, onder welke benaming ook, in de wet niet wordt vermeld, zoodat het onder de geldende wet ook niet gevestigd en dus ook niet door verjaring kan worden verkregen,

O voorts, dat er in dezen geen sprake kan zijn van analogische toepassing van voorschriften gegeven voor *wel* in de wet erkende zakelijke rechten, omdat analogie nooit de bestaanbaarheid kan aantonen van eenig recht, voor hetwelk de Wettelijke grondslag ontbreekt,"<sup>89</sup>

Het primaat van de wet met een kapitaal is zelden zo duidelijk verwoord als in dit Rotterdamse vonnis uit 1914. Eruit volgt dat zonder wettelijke grondslag geen rechten kunnen bestaan en derhalve ook dat geen nieuwe typen zakelijke rechten door partijbedoeling kunnen ontstaan.

### 2.3.3 Oude zakelijke rechten

Bij de analyse van oudere rechtspraak zoals vermeld in het voorgaande moeten drie gevallen worden onderscheiden. Het kan ten eerste gaan om oude zakelijke rechten die reeds voor 1 oktober 1838 waren gevestigd.<sup>90</sup> De overgangswet bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 gebood de eerbiediging van oude zakelijke rechten.<sup>91</sup> Hierop berust de erkenning in de rechtspraak van de geldigheid van dergelijke niet in art. 584 genoemde en ook overigens niet in het oude BW of in een bijzondere wet

89 Rb Rotterdam 9 februari 1914, NJ 1914, blz. 673, WPNR 2308. Cursivering door de rechtbank. Zie voor het vervolg nog § 2.3.3.

90 Uiteraard moest wel aangehouden kunnen worden dat het onder een oud rechtstelsel gevestigde recht van zakelijke aard was. HR 28 maart 1919, NJ 1919, 470 (Ruurlosche Broek) is een voorbeeld van een geval waarin werd geoordeeld dat van een zakelijk recht geen sprake was, aangezien het na verdeling van de Ruurlosche Broek in 1834 gecreëerde recht van een onderhoudscommissie om een bijdrage in de kosten van onderhoud van wegen en waterleidingen te innen ten laste van de eigenaren, geen heerschappij ten aanzien van de grond van die eigenaren gaf en bovendien indirect strekte ten laste van die eigenaren zelf. Zie in deze procedure ook Rb Zutphen 14 december 1916, W 10295 en Hof Arnhem 17 juli 1918, W 10343.

91 Zie art. 1 van de Overgangswet van 16 mei 1829, Stb. 29. Zie daarover in het kader van het recht van de dertiende penning nader de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense in NJ 1999, 302, punt 2, en HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547, m.nt. WMK. Zie voor de eerbiedigende werking van het BW van 1992 art. 69 van de Overgangswet. In art. 150 lid 1 is nog geregeld dat oude zakelijke rechten die niet in het oude BW waren geregeld maar werden geeerbiedigd op grond van de Overgangswet uit 1829, registergoederen zijn geworden. Art. 150 lid 3 regelt dat op de afgeschafte rechten op grondrenten en van beklemming het regime van het oude BW van toepassing is gebleven. In een wet van 3 oktober 1984, Stb. 443, is bepaald dat het recht van de derdende penning per 1 januari 2015 wordt afgeschaft. Zie over dit alles ook Rb. Utrecht 10 december 2003, NJF 2004, 234, waarin o.m. is geoordeeld dat het BW van 1838 resulteerde in "de invoering van een gesloten stelsel van zakelijke rechten, waarin geen plaats was voor niet in de wet geregelde zakelijke rechten zoals het naastingsrecht".

geregelde zakelijke rechten.<sup>92</sup> Het moet dan gaan om zakelijke rechten die zijn gevestigd vóór de inwerkingtreding van het oude BW op 1 oktober 1838.<sup>93</sup>

Eigenlijk moet het oude zakelijke recht nog eerder zijn gevestigd, want voor 1 oktober 1838 gold sinds 1 mei 1809 het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNVH), dat volgens de rechtspraak wat de typen zakelijke rechten betreft niet wezenlijk verschilde van het oude BW van 1838.<sup>94</sup> Van eerbiediging van oude zakelijke rechten kan derhalve alleen sprake zijn indien kan worden aangetoond dat die oude rechten voor 1 mei 1809 zijn gevestigd.<sup>95</sup>

92 Zie uitdrukkelijk HR 20 mei 1887, W. 5441, over een vóór 1 oktober 1838 gevestigd weiderecht: "O. voorts dat al moge zoodanig zakelijk recht, als in deze door het Hof aangenomen, onder de tegenwoordige wetgeving niet meer kunnen worden gevestigd, zulks niet afdoet, daar volgens artikel 1 van de Wet op den Overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving de veranderingen, welke tengevolge der nieuwe Wetboeken in de Burgerlijke Wetgeving zijn teweeg gebracht, geen invloed hebben op de rechten, welke onder vroegere wetgevingen waren verkregen."

93 Merkwaardig is een arrest van het Hof Amsterdam 11 juli 2002, NJ 2005, 289 (Belgrave Estates) inzake een recht van de dertiende penning, dat kan worden verklaard vanuit het bijzondere perspectief van ruilverkaveling: "Ten slotte faalt ook het beroep op het gesloten systeem van zakelijke rechten. Zoals hiervoor reeds werd overwogen houdt een ruilverkaveling altijd in dat nieuwe eigendoms- en beperkte rechten ontstaan. Het systeem van zakelijke rechten verzet zich er geenszins tegen dat een bestaand (niet door non-usus verjaard) recht van de dertiende penning in de akte van toedeling wordt vermeld en aldus opnieuw in het leven wordt geroepen. Ook verzet het systeem van zakelijke rechten zich er niet tegen dat een recht van de dertiende penning na de ruilverkaveling op een ander perceel komt te rusten. In die situatie is dus sprake van het ontstaan van een recht van de dertiende penning met betrekking tot een perceel waarop dat recht van oudsher niet heeft gerust. Uit het voorgaande blijkt dat in het kader van de ruilverkaveling op verschillende manieren uitzondering is toegelaten op het zogenoemde gesloten systeem van zakelijke rechten."

94 Vgl. het reeds hierboven genoemde vonnis van Rb. Zutphen 14 december 1916, W. 10295 (Ruurlusche Broek): "O. dat hier toch van geen zakelijk recht sprake kan zijn; O. immers, dat volgens het Wetboek van Lodewijk Napoleon voor Holland, den Code Civil, de Wet houdende Algemeene Bepalingen en de Wet op den Overgang van 1929 de eenmaal bestaande zakelijke rechten bleven voortbestaan, maar geen andere konden worden gevestigd, derhalve geen andere konden ontstaan dan die met name in die wetten als zoodanig werden genoemd; O. dat het onderwerpelijke recht, dat zou gevestigd zijn onder viguer van den Code Civil, is of een grondrente of misschien een jus sui generis en in geen dier gevallen een zakelijk recht, in het eerste geval niet, omdat de Code Civil geen grondrenten als zakelijke rechten erkende, en in het tweede niet, om de in de vorige overweging genoemde reden".

95 Aldus het al geciteerde vonnis van de Rb. Rotterdam 9 februari 1914, NJ 1914, blz. 673: "O. dat wel is waar volgens art. 1 der wet op den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, de veranderingen, welke tengevolge der nieuwe wetboeken in de burgerlijke wetgeving zijn teweeggebracht, geen invloed hebben op de rechten, welke onder vroegere wetgevingen waren verkregen, doch deze bepaling reeds hierom eischeres in casu niet kan baten omdat het door haar aangeboden bewijs

Ten tweede kan het in de oude jurisprudentie gaan om na de inwerking-treding van het oude BW gevestigde rechten, zowel oude typen zakelijke rechten als nieuwe buitenwettelijke typen benoemde zakelijke rechten, die te vatten zijn onder de algemene begripsomschrijving van een wettelijk type zakelijk recht. Vooral de ruime term 'vruchtgenot' in art. 584 Oud BW bood ruimte voor de erkenning van bijzondere gebruiksrechten. In dit geval is van een buitenwettelijk type geen sprake aangezien het in de wet niet genoemde type zou kunnen worden aangemerkt als een *ius speciale* van een wel in de wet geregeld type.

Ten derde kan het in de oude jurisprudentie gaan om *na* 1 oktober 1838 gevestigde zakelijke rechten die wezenlijk verschillen van de in het BW van 1838 geregelde typen. Alleen in dit geval is werkelijk sprake van een doorbreking van de wettelijke *numerus clausus*. Hiervan zijn geen voorbeelden bekend.

### 2.3.4 *Kleigraving te Losser*

De geslotenheid van het goederenrechtelijk stelsel komt in heel algemene termen aan de orde in een arrest van het Hof Arnhem van 4 januari 1933, inzake een recht van kleigraving te Losser.<sup>96</sup> Dit zeer uitvoerig gemotiveerde arrest staat te boek<sup>97</sup> als een ontkenning van de *numerus clausus* - dus als het oordeel dat het partijen vrijstaat om andere zakelijke rechten te scheppen dan de door de wet genoemde -, maar bij nadere beschouwing ontstaat een veel genuanceerder beeld. Het verdient daarom bijzondere aandacht en uitgebreide weergave.

---

onmogelijk door getuigen kan worden geleverd, O dat het immers onder de sinds 1 mei 1809 hier te lande vóór de huidige wetgeving gegolden hebbende codificaties om dezelfde redenen als onder de geldende wet onmogelijk was een zakelijk recht van dijkettinge te verkrijgen, zoodat eischeres zou hebben te procedeeën getuigen die met reden van wetenschap bekleede verklaringen zouden moeten kunnen afleggen omtrent hetgeen zij voor 1 mei 1809 waarnamen, lieden dus die onmogelijk meer in leven kunnen zijn," Dit vonnis is vernietigd door Hof's-Gravenhage 9 april 1915, NJ 1915, p. 829, nadat met andere bewijsmiddelen was aangetoond dat het recht van dijkettinge van de Nederduitsch Hervormde Gemeente reeds sinds eeuwen bestond, zodat het als zakelijk recht geeerbiedigd moest worden

96 Hof Arnhem 4 januari 1933, NJ 1933, 779 (kleigravingsrecht te Losser), ook gepubliceerd in W. 12611, p. 3-5, met uitvoeriger weergave van de uiteenzetting van de feiten door het hof, maar zonder diens uitspraak op de vordering in reconventie

97 Zo bijv. Asser-Beekhuis I, 12<sup>e</sup> druk 1985, no 53, en eerder in de 9<sup>e</sup> druk 1957, p. 21. In de laatste bewerking door Scholten (8<sup>e</sup> druk 1945) wordt het arrest niet genoemd. J. H. A. Lokin, Asser's handleiding en de rechtspraak, WPNR 6207 (1996), p. 31-39, beschrijft dat aan rechtspraak reeds destijds een veel groter gewicht werd toegekend dan voorheen, maar het besproken arrest heeft de 8<sup>e</sup> druk niet gehaald.



De heer Osse pretendeerde in de jaren '30 van de vorige eeuw rechthebbende te zijn van een zakelijk recht van kleigraving dat zou rusten op grond van de R.K. Parochie van de H. Maria Geboorte, te Losser. De parochie had enige decennia eerder een deel van haar grond verhuurd aan een rechtsvoorganger van Osse, waarop deze huurder een steenbakkerij was gaan houden. Deze huurder had in 1897 van de parochie ook het recht van kleigraving ten aanzien van een ander perceel van de parochie verkregen. Het verhuurde perceel is later, in 1903, verkocht aan de huurder. Daarbij behield hij zijn recht van kleigraving op het andere, nog aan de parochie toebehorend perceel. Dit recht bestond uit de bevoegdheid om klei af te graven en af te voeren en verder om te doen al hetgeen dat voor de redelijke uitoefening van het recht nodig was. Daartoe was een ijzeren wagenspoor getrokken om de klei af te voeren, een waterleiding gelegd om overtollig water te lozen, en werd verder struikgewas gekapt en afgevoerd.

Na het perceel met de steenbakkerij te hebben gekocht, meende Osse als rechtsofvolger ook in het recht van kleigraving ten aanzien van het perceel van de parochie te zijn getreden. De bestuurders van de Maria Geboorte konden hierin echter niet langer berusten en gingen over tot het afsluiten van het terrein en het doorzagen van de leidingen. In 1928 verzochten zij de Rechtbank Almelo te verklaren dat aan Osse geen rechten toekwamen en dat hij onrechtmatig handelde door inbreuk te maken op het eigendomsrecht op de grond van de parochie. Osse verweerde zich met de stelling dat inbreuk werd gemaakt op zijn zakelijke recht. Het parochiebestuur betwiste echter de zakelijke aard van het recht en derhalve de rechtsverkrijging door Osse. De rechtbank wees in 1931 de vordering van het parochiebestuur toe, oordelende dat het in 1897 verkochte recht geen recht van erfdiensbaarheid was en evenmin een specifiek zakelijk recht, maar slechts een persoonlijk recht.

De Maria Geboorte werd uiteindelijk echter in het ongelijk gesteld. Anders dan de rechtbank zag het hof geen wettelijke belemmering om het recht van kleigraving te erkennen als een zakelijk recht.<sup>98</sup> Zijn redenering volgt een aantal stappen: eerst is onderzocht in hoeverre ten tijde van de verlening van het recht van kleigraving de bedoeling had bestaan om een zakelijk recht te vestigen, vervolgens in hoeverre het pretense zakelijke recht kan worden ingepast in het goederenrechtelijk systeem, dan de verenigbaarheid ervan met het arrest Blaauboer/Berlips, en ten slotte wordt

---

98 Uit het Weekblad blijkt dat de P-G bij het Hof Arnhem had geconcludeerd tot verwerving van het beroep van Osse, maar de tekst van zijn conclusie is niet gepubliceerd

de grondslag voor het zakelijk recht van kleigraving gezocht en gevonden in het eigendomsrecht.

In de overeenkomst van 1897, waarbij het recht van kleigraving was 'verkocht' aan een rechtsvoorganger van Osse, was uitdrukkelijk de afspraak opgenomen dat de rechthebbende reeds voordat de koopakte zou zijn ingeschreven in de openbare registers, bevoegd was tot uitoefening van zijn rechten. Aangezien voor de verlening van louter een persoonlijk recht geen inschrijving van de koopakte nodig is, leidt het hof uit deze clausule af dat beoogd was een zakelijk recht te vestigen. De intentie van partijen om een goederenrechtelijk recht te vestigen, wordt terecht als voorvraag voor de erkenning van de geldigheid ervan beschouwd.<sup>99</sup>

Dan vervolgt het hof met de inpassing van het recht in het zakenrechtelijk systeem. Deze passage is van bijzonder belang, mede omdat het - voor zover bekend - de meest recente in de rechtspraak is, waarin expliciet is ingegaan op de betekenis van art. 584 Oud BW, de wettelijke opsomming van zakelijke rechten.<sup>100</sup>

"O dat toch in de eerste plaats een volledige opsomming van alle bestaande zakelijke rechten in de wet ontbreekt, zijnde aan art. 584 BW waarin de verschillende zakelijke rechten die men hebben kan, worden genoemd, blijkbaar geen limitatieve strekking toe te kennen, waar naast de daarin genoemde, meerdere rechten met zakelijk karakter in het BW voorkomen, zoodat dit artikel hoogstens kan beschouwd worden als een schema van de rubrieken, waarin de zakelijke rechten kunnen worden ondergebracht, waarvan vervolgens het meerendeel althans de meest voor de hand liggende in de wet met name worden genoemd en nader uitgewerkt, dat onder de rubriek van vruchtgenot het kleigravingsrecht zonder eenig bezwaar zou kunnen worden gerangschikt,

dat daartegen vruchteloos wordt aangevoerd, dat de omvang en de duur van het recht te onbepaald zouden zijn, daar de aard van het recht, zoowel voor de betrokken partijen als voor den rechter, voldoende maatstaf biedt om te beoordeelen waartoe een redelijke uitoefening van dat recht de bevoegdheid en de verplichting geeft, terwijl er geenerlei beletsel bestaat om bij de vestiging bijzondere voorwaarden betreffende den duur en de wijze van uitoefening daaraan te verbinden,

O dat voor verwatering van het zakenrechtelijk systeem der wet moeilijk gevaar kan bestaan zolang men zich aan het systeem der wet houdt,"

Deze passage getuigt van inzicht in de merites van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Wat bij de toepassing van het zakenrecht voorop moet staan, staat vermeld aan het slot: voorkomen moet worden

99 Het litigieuze recht was gevestigd ten tijde van het dan geldende BW. Van een oud zakelijk recht dat zou moeten worden geeerbiedigd is dus geen sprake.

100 De tekst van art. 584 Oud BW luidt: 'Men kan op zaken hebben, het zij een regt van bezit, het zij een regt van eigendom, het zij een regt van erfgenaamschap, het zij een vruchtgenot, het zij een regt van erfdienstbaarheid, het zij een regt van pand of hypotheek.'

dat het goederenrechtelijk systeem "verwatert". Daartoe dient men zich te houden aan het systeem van de wet. Ook de mogelijke consequenties van verwatering worden omschreven, in de voorafgaande alinea: er zou onzekerheid kunnen ontstaan, voor zowel de betrokkenen als voor de rechter, ten eerste over de inhoud van zakelijke rechten, en ten tweede over hun duur. De derdenwerking van zakelijke rechten noodzaakt tot enerzijds helderheid over de verleende bevoegdheden en verplichtingen, en anderzijds over de duur van de belasting van desbetreffende zaken. Het in casu verleende recht van kleigraving leverde zijns inziens op basis van de feiten in geen van beide opzichten problemen op. Daar komt volgens het Hof nog bij dat het in het algemeen goed mogelijk is de inhoud van het zakelijke recht ten tijde van de vestiging duidelijk te omschrijven en zijn tijdsduur af te bakenen.

Deze mogelijkheid tot afbakening van de inhoud en de duur van een zakelijk recht sluit aan op de eerste alinea. Deze start met de constatering dat de opsomming van zakelijke rechten in art. 584 niet limitatief is.<sup>101</sup> De opsomming is te gebrekkig en te onvolledig om een numerus clausus op te leveren, alleen al omdat elders in het oude BW niet in art. 584 genoemde zakelijke rechten zijn te vinden.<sup>102</sup> Het karakter van het artikel is slechts

- 
- 101 Dit oordeel sluit aan op oudere jurisprudentie zie HR 2 november 1855, te vinden bij Van den Honert, Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, Burgerlijk Regt, 20<sup>e</sup> deel, 1858-1859, no 610, p 52-66, en in Ned Rechtspr., deel 51, § 30, over een oud zakelijk recht tot heffing van visitatiegeld per roede aangegraven veen ("dat de eischer evenzeer ten onrechte de schending of verkeerde toepassing beweert van a. 584, in verband met a. 564 B.W., en van a. 129, 2<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> lid, B.R., omdat bij gemelde a. wel het zakelijke van sommige regten is aangenomen, maar daaruit geenszins is af te leiden, dat er buiten deze geene andere zakelijke regten zouden bestaan en als zoodanig kunnen worden erkend, veelmin dat alle vordering buiten de genoemde als louter personele zoude moeten worden aangemerkt;"), Rb. Rotterdam 23 april 1877, W 4108, over het recht van dijkettinge of genot van grasgewas ("O. immers dat de opsomming van zakelijke rechten, in art 584 B.W. niet limitatief maar enunciatief moet worden opgevat"), Hof Amsterdam 22 november 1878, W. 4344 ("Art. 584 BW is enunciatief, maar al ware het limitatief, dan nog zou het recht, waarover dit proces loopt (een recht van beweidning van een dijk), te brengen zijn onder 'vruchtgenot'), en HR 30 januari 1880, W 4473, Ned. Rechtspr., deel 124, § 15, over het oude zakelijke recht van ettinge ("de bewering dat het altoosdurende rechten van ettinge omdat het in ons B.W. niet wordt genoemd, niet als zakelijk recht kan worden gevestigd, is onjuist, daar toch bij art 564 en 584 B.W. wel de zakelijke aard van sommige rechten is aangenomen, maar daaruit geenszins is af te leiden, dat er buiten deze geen andere zakelijke rechten bestaan").
- 102 In de opsomming ontbreken bijvoorbeeld de zakelijke rechten van erfpacht en opstal en de nu afgeschafte rechten van grondrente en beklemming. Daartegenover staat dat het uitermate kwestieus is of bezit en erfgenaamschap als zakelijke rechten zijn te kwalificeren. De gebrekkigheid van art. 584 werd destijds alom erkend. Zie voor een historische analyse van de herkomst en de betekenis van art 584, het opstel van Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, RM 1907, p. 271 e.v., dat

schematisch, en tevens inleidend op de wettelijke regelingen van de inhoud van de verschillende zakelijke rechten elders in het wetboek.<sup>103</sup> De stap die het hof vervolgens zet, is minder evident juist: in de wet worden volgens hem slechts het merendeel van de zakelijke rechten, zelfs slechts de meest voor de hand liggende typen, met name genoemd en geregeld. Deze voorstelling lijkt te impliceren dat er veel andere typen benoemde zakelijke rechten bestaan zonder enige regeling of zelfs vermelding daarvan in de wet. De voorstelling van zaken dat buitenwettelijke goederenrechtelijke rechten uitzonderingsgevallen vormen, is hiermee principieel verworpen. Van een wettelijke *Typenzwang* is dus geen sprake.

De afbraak van dit heilige huisje is minder dramatisch dan het lijkt; uit de direct daarop volgende zin over het recht van kleigraving blijkt dat de soep minder heet wordt gegeten dan opgediend. Het recht van kleigraving is volgens het hof immers zonder problemen te vatten onder de definitie van het in de wet geregelde, zakelijke recht van 'vruchtgenot', een oude term voor wat nu vruchtgebruik wordt genoemd.<sup>104</sup> In wezen is het recht van kleigraving dus slechts een specifieke, nader benoemde ver-

---

wordt besproken in § 3.4.2.8 De rechten van grondrente en beklemming konden overigens worden begrepen onder de term 'vruchtgenot' in art. 584. Zie over de term 'vruchtgenot' o.a. Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, 1871, p. 6, en vooral J. van Kan, Het vruchtgenot van art. 584 B.W., WPNR 2483-2486 (1917). De rechten van opstal en erfpacht werden eeuwenlang als vormen van eigendom aangemerkt, de Duitse studie van Thibaut uit 1801 heeft doen inzien dat het erfpachtsrecht geen eigendom is. Het opstalrecht wordt in Frankrijk nog wel steeds bij het eigendomsrecht geënclassificeerd.

103 C.W. Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, Art. 555-783, 1871, p. 91. "Ware dit artikel meer dan een inleiding tot de verdeeling der volgende titelen van dit boek, had het dus een praktische strekking meer dan een wetenschappelijke waarde of onwaarde, het zou tot menige vraag aanleiding geven, ( ) Maar gelukkig heeft de praktijk met dit artikel niets te maken."

104 De term vruchtgenot was een verzamelterm voor vruchtgebruik en gebruik en bewoning. In art. 366 B.W. (voor 1970) was een vruchtgenot toegekend aan een ouder met betrekking tot het vermogen van een minderjarige, maar hierbij was blijkens Hof Arnhem 23 mei 1916, NJ 1916, p. 883 geen sprake van een zakelijk recht. De gelijkgeschakelijking van het recht van kleigraving met het recht van vruchtgebruik is overigens niet helemaal evident. Is afgegraven klei wel te beschouwen als een 'vrucht' in de zin van nu art. 3:9 B.W.? Denkbaar is eveneens aan te haken bij het recht erfdienstbaarheid (het dienend erf moet gedogen dat het wordt betreden en dat klei wordt afgegraven), maar de in de vorm van een recht van erfdienstbaarheid bedongen bevoegdheid leidt meestal niet tot fysieke aantasting van de belaste zaak. De rechten van erfdienstbaarheid en vruchtgebruik hebben overigens veel met elkaar gemeen, in het Romeinse recht werden beide tot de dienstbaarheden gerekend. Zie J.H.A. Lokin, Prota - Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten, 1999, nrs. 58 en 63.

schijningsvorm van het algemene type vruchtgebruik Van een buitenwettelijk type is eigenlijk geen sprake

Belangrijker nog dan de koppeling aan het wettelijke recht van vruchtgenot zijn de hierboven besproken richtlijnen die het hof formuleert voor erkenning van buitenwettelijke zakelijke rechten zowel hun inhoud en hun tijdsduur moeten duidelijk zijn, en ze moeten passen in het systeem van de wet

Het systeem van de wet brengt bovendien voor de vestiging van zakelijke rechten op onroerende zaken de voorwaarde mee - zo vervolgt het hof zijn arrest - dat de openbaarheid wordt gewaarborgd door inschrijving van de vestigingstitel in de openbare registers Het wettelijk stelsel van zakelijke rechten wordt hier in verband gebracht met het publiciteitsbeginsel Publiciteit is dus een extra richtlijn, een absolute randvoorwaarde voor de erkenning van zakelijke rechten die rusten op onroerende zaken Ook in dit opzicht was er geen belemmering voor erkenning van het zakelijke karakter van het recht van kleigraving, aangezien de 'koopakte' was ingeschreven in de openbare registers

Om de zakelijke aard te betwisten, had de Maria Geboorte natuurlijk toevlucht genomen tot Blaauboer en Berlips Anders dan in Blaauboer/Berlips, was het recht van kleigraving <sup>1</sup> c volgens het hof wel degelijk een zakelijk recht Het hof signaleert en poneert twee verschillen tussen dit geval en de casus uit Blaauboer/Berlips

O dat een beroep op art 1354 BW den geïntimeerde tegenover een zakelijk recht niet kan baten daar dit artikel enerzijds ziet op persoonlijke verbintenissen welke zich veel verder uitstrekken dan tot het dulden van een genotsrecht, door een derde op een bezeten onroerend goed uitgeoefend, anderzijds geen openbaarheid vereist,

O dat het juist het zakelijk karakter van een verplichting is, dat die verplichting aan het voorschrift van art 1354 j° 1351 BW onttrekt,

O dat een beroep op het arrest van den HR d d 3 Maart 1905 W 8191 W P N R 1844 hier dan ook geen effect kan hebben, waar daar sprake is van den last op den eigenaar van een perceel rustende om iets met betrekking tot dat perceel te doen, n l daarop een weg aan te leggen, zoodat de aan het rechtskarakter van die verplichting gewijde overwegingen op het onderhavige kleigravingsrecht geen toepassing kunnen erlangen, [sic]

Zowel de aard van de opgelegde verplichting als de wijze van totstandkoming van het recht van kleigraving in dit geval brengen mee dat hier sprake is van een zakelijk recht Art 1354 Oud BW, zoals dat door de Hoge Raad in 1905 was uitgelegd, betreft verbintenisrechtelijke verplichting

tingen, en is derhalve niet van toepassing op het in dit geval gecreëerde recht.

Het hof volstaat niet met een weerlegging van de vermeende wettelijke bezwaren tegen het vestigen van het kleigravingsrecht als zakelijk recht, maar geeft in de volgende passages ook een "positieve grond" voor zijn oordeel dat de vestiging van het zakelijk recht van kleigraving door de wet wordt toegelaten. De rechtvaardiging ziet het hof in het eigendomsrecht:

"O. immers, dat het eigendomsrecht in art. 625 BW wordt omschreven als het recht om van een zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make strijdende tegen de wetten en de openbare verordeningen en mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrengt,

O. dat moeilijk voor tegenspraak vatbaar kan zijn, dat hij, die dat genot en dat beschikkingsrecht heeft, uiteraard het recht heeft van een deel van dat genot afstand te doen en een bepaald genot aan een ander te geven, zóó dat die ander dat bepaalde genot kan uitoefenen even absoluut als hij zelf dit kon; terwijl om het recht daartoe van den eigenaar te beperken men tegenover art. 625 een uitdrukkelijke wetsbepaling zal hebben aan te wijzen, welke niet is te vinden,

O. dat in het eigendomsrecht dan ook de bepaling van objectief recht is te vinden, ( . ) waaruit het subjectief recht van vestiging van zakelijke rechten voortvloeit,

O. dat mede uit het eigendomsrecht als basis voor het recht van vestiging van zakelijke rechten volgt, dat zonder uitdrukkelijke wetsbepaling geen ander recht met betrekking tot een zaak als zakelijk kan gevestigd worden dan den eigenaar als zoodanig reeds toekwam - *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* - zoodat het recht op nakoming van een verplichting om iets te doen met betrekking tot zijn goed - anders dan krachtens burennrecht of servituut als in de wet voorzien - nooit zakelijk kan zijn, omdat aan het eigendomsrecht geen verplichtingen buiten de wettelijke eigen zijn, en zulke verplichtingen in strijd zouden zijn met den in de wet omschreven omvang van dat recht,"

De bevoegdheid van de eigenaar om vrijelijk over zijn rechten te beschikken, staat centraal. Aan het beginsel van vrije beschikkingsmacht wordt een argument voor erkenning van het zakelijke recht van kleigraving ontleend, zowel in positieve zin als in negatieve zin.

In positieve zin brengt de vrijheid van de eigenaar om te beschikken en over te dragen mee dat hij het genot dat hij van zijn zaak heeft, geheel of ten dele aan anderen kan overdragen. Het hof leidt daaruit af dat de eigenaar 'het subjectief recht heeft om zakelijke rechten te vestigen'. De generieke omschrijving - 'zakelijke rechten' - doet vermoeden dat het hof daarbij niet slechts aan de in de wet genoemde en geregelde zakelijke rechten denkt, zeker gezien de eerdere passages uit het arrest. Curieus is ook dat de bevoegdheid van de eigenaar om vrij over zijn recht te beschikken, wordt aangeduid als een subjectief recht. Op basis van de huidige

privaatrechtelijke dogmatiek impliceert de term subjectief recht dat dit recht zelfstandig kan bestaan. Het beschikken over het recht wordt tegenwoordig aangeduid als een bevoegdheid die in beginsel niet los van het vermogensrecht zelf kan bestaan.

Het nemo plus-beginsel, waaraan ook in dit arrest expliciet wordt gereferereerd, kan als de negatieve dimensie van beschikkingsbevoegdheid worden gekarakteriseerd: men kan alleen dat overdragen wat men zelf heeft. Aangezien een eigenaar alleen bevoegdheden om te doen heeft en geen verplichtingen om te doen, kan hij alleen die bevoegdheden aan anderen afstaan, met als gevolg dat aan die ander het recht toekomt om die bevoegdheid uit te oefenen en aan de eigenaar de daarmee corresponderende verplichting om de uitoefening van die bevoegdheid door de ander te gedogen. Het aloude subtractieprincipe, ook wel afsplitsingsmodel genoemd, klinkt in deze redenering door.<sup>105</sup> Behoudens enige wettelijke uitzonderingen uit het burendrecht kan een eigenaar alleen in de wettelijke vorm van een servituut additionele verplichtingen aanvaarden, maar van vestiging van een servituut was in dit geval geen sprake.

Voor het recht van kleigraving leidt een en ander tot de conclusie dat het een eigenaar vrijstaat de bevoegdheid tot genot in de vorm van een zakelijk recht aan een ander af te staan, en dat tot dat genot mede behoren de bevoegdheden tot het onderhouden van een karrespoor, het weghalen van struikgewas en het leggen van afwateringsleidingen. Deze handelingen waren volgens het hof niet onrechtmatig, aangezien ze door de eigenaar op grond van het zakelijke recht van kleigraving moeten worden gedoogd.

Uit de door het hof geformuleerde 'positieve grond' voor erkenning van het zakelijk recht van kleigraving - namelijk de in het eigendomsrecht besloten beschikkingsmacht -, is door hem ook een extra richtlijn voor de erkenning van nieuwe zakelijke rechten afgeleid, die de mogelijkheden tot erkenning van buitenwettelijke zakelijke rechten sterk begrenst. Eventuele nieuwe zakelijke rechten dienen te blijven binnen de perken van de bevoegdheden die op grond van het wettelijke eigendomsbegrip aan een eigenaar toekomen.<sup>106</sup> Samen met de richtlijn over de helderheid ten aanzien van de inhoud en de duur en de richtlijn over publiciteit, is met deze beperking sturing gegeven aan de ontwikkeling van het stelsel van zakelijke rechten. Het hof heeft hiermee enerzijds een veelbetekenende dynamiek gelegd in de numerus clausus, maar anderzijds een geleide ontwikkeling gewaarborgd.

---

105 Vgl. art. 3:8 BW. Zie over het subtractieprincipe § 6.6.

106 Dit is de kern van het nog te bespreken subtractieprincipe.

Het arrest van het Hof Arnhem uit 1933 kan wellicht nog meer dan het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 worden beschouwd als de meest principiële beschouwing uit de rechtspraak over de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. In Blaauboer/Berlips ging het om de raakvlakken van een als verbintenis ingericht recht met het zakenrecht. De zakelijke inkleding van het door het hof in 1933 onderzochte recht van kleigraving deed de rechtsoverwegingen tot de kern van het zakenrecht doordringen. Het zijn deze overwegingen op basis van de algemene principes en uitgangspunten van het goederenrechtelijk systeem die uitvoerige analyse van dit arrest van het Hof Arnhem rechtvaardigen.

### *2.3.5 De typen van goederenrechtelijke rechten*

Het overzicht van passages uit de rechtspraak die relevant kunnen zijn om de reikwijdte van de numerus clausus te bepalen en om de betekenis van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem te doorgronden, is niet compleet zonder enige aandacht voor een aantal andere arresten. In deze paragraaf wordt rechtspraak over het aantal typen goederenrechtelijke rechten en hun inhoud besproken in drie categorieën: eerst het eigendomsrecht door middel van de grote arresten inzake fiduciaire eigendom, vervolgens de beperkte rechten en ten slotte het stelsel van gronden van voorrang, waarbij de kwaliteitsrekening aan bod komt.

#### 2.3.5.1 Fiduciaire eigendom

Daar waar de numerus clausus meebrengt dat de inhoud van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten wordt bepaald door de wet - de Typenfixierung -, gaat het mede om het meest volledige goederenrechtelijke recht: het eigendomsrecht. Juist in de decennia dat het systeem van het zakenrecht in de rechtspraak uit de verf begon te komen, heeft de Hoge Raad in het baanbrekende Bierbrouwerij-arrest van 25 januari 1929 een nieuwe dimensie gegeven aan het eigendomsrecht.

Koffiehuishouder Pieter Bos genoot in 1924 een lening van zijn leverancier de NV Heineken's Bierbrouwerij Maatschappij. Tot zekerheid van terugbetaling van deze lening verhypothekerde hij de sociëteit De Harmonie aan de Willem Lodewijkstraat 284 te Sneek en leverde hij bovendien de eigendom van de inventaris daarvan, maar zonder de feitelijke macht over de inventaris te verschaffen. Na zijn faillietverklaring betwiste de curator dat de brouwerij aanspraak kon maken op de inventaris, omdat de overeenkomst tot levering nietig zou zijn wegens ontduiking van de wettelijke voorschriften voor verpanding. Naar destijds geldend recht was



immers voor verpanding vereist dat de verpande zaken in de feitelijke macht van de pandhouder werden gebracht. De Hoge Raad verwierp de stelling van de curator:

"dat de strekking der overeenkomst, datgene wat partijen beoogen door haar te bewerken, hierin bestaat, dat de inventaris van Bos zou strekken tot zekerheid van de door dezen aangegane geldleening en hiermede de oorzaak der gesloten overeenkomst is vastgesteld,

dat die oorzaak echter niet ongeoorloofd is, dat zij toch niet rechtstreeks in strijd is noch met de wettelijke voorschriften omtrent pandrecht, noch met die betreffende de gelijkgerechtigdheid der schuldeischers, niet met die omtrent pandrecht, omdat ten deze geene pandovereenkomst is aangegaan en niet met de voorschriften omtrent de gelijkgerechtigdheid der schuldeischers, omdat die voorschriften slechts werking hebben met betrekking tot de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar en het hier niet een goed van den schuldenaar betreft,

dat ook eene ongeoorloofde wetsontduiking ten deze niet is aan te nemen, dat hier immers niet op onzedelijke wijze doeleinden worden verijld, die de wet nastreeft en aan de werking der wet wordt onttrokken een toestand, dien zij niet gewild heeft, dat toch uit de voorschriften omtrent pandrecht geenszins noodzakelijkerwijs als 's wetgevers wil is af te leiden, dat in het algemeen de overige schuldeischers van eenen geldopnemer in die mate moeten beschermd worden tegen den bedriegelijken schijn, dat als zekerheid van schulden enkel zou kunnen strekken roerend goed, dat niet bij den schuldenaar zelven wordt aangetroffen, dat, wat betreft de voorschriften omtrent de gelijkgerechtigdheid der schuldeischers, deze niet willen verhinderen, dat, ook buiten de wettige redenen van voorrang om, sommige schuldeischers boven anderen eene feitelijke bevoordeeling genieten, zulks mits ter zake niet in strijd met wettelijke bepalingen als de artt 1377 B W en 42 en volgende Fw gehandeld zij,

dat voorts strijd met de goede zeden hier niet aanwezig is, dat toch vaststaat, dat de geldleening omstreeks 8 Augustus 1924 tusschen partijen is aangegaan en te zelfder tijd - immers op 8 Augustus 1924 zelf - de onderhavige overeenkomst tot nadere zekerstelling der leenschuld, tusschen haar gesloten is, terwijl verder de eenige door de wet voorziene overeenkomst beoogende roerend goed als zekerheid van schulden te doen strekken - de pandovereenkomst - om voor de hand liggende redenen van praktischen aard in dit geval voor partijen ten eenenmale ondoeltreffend en dus uitgesloten was,"<sup>107</sup>

De *numerus clausus* en het systeem van de wet zijn door de Hoge Raad niet met zoveel woorden genoemd, maar zijn redenering volgt wel verschillende ijkpunten die verband houden met de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem.

Het eerste ijkpunt is de *numerus clausus* van typen rechten en typen gronden voor voorrang. De Hoge Raad werd uitgenodigd om te toetsen of de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid voldeed aan de eisen van het wettelijk regime voor het in de wet geregelde type zekerheids-

107 HR 25 januari 1929, NJ 1929, p 616 m nt PS (Bierbrouwerij)

recht voor roerende zaken, maar koos een formele benadering door te oordelen dat partijen niet hadden gekozen voor de rechtsfiguur van een pandrecht. Vergelijkbaar is de verwerping van het beroep op de doorbreking van de wettelijke gronden voor voorrang bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar met de constatering dat de overgedragen zaak geen deel meer uitmaakt van dat vermogen, zodat de *paritas creditorum* niet wordt geschonden. De Hoge Raad liet dus de door partijen gekozen vorm prevaleren zonder de gekozen constructie van eigendomsoverdracht op basis van de door partijen beoogde inhoudelijke strekking ervan te herclassificeren als pandrecht.<sup>108</sup>

Het tweede, het gesloten goederenrechtelijk systeem typerende ijkpunt is combinatie van de doeleinden van de wet en de wil van de wetgever, waaraan de Hoge Raad uitdrukkelijk refereerde. Bij de beoordeling of sprake was van 'onzedelijke' wetsontduiking lag het accent opnieuw op de wettelijke voorschriften inzake het pandrecht en de *paritas creditorum*. In het verlengde hiervan ligt de beoordeling van het oogmerk van de partijen in verband met de maatschappelijke behoefte aan een vorm van zekerheid zonder verschaffing van feitelijke macht en de lacune in de wet.

Bezien vanuit de *numerus clausus* is opmerkelijk dat de inhoud van het eigendomsrecht niet in de beschouwingen is betrokken. De fiduciaire titel voor overdracht en de zekerheidsfunctie van de eigendom gaven een nieuwe invulling aan dit type goederenrechtelijk recht.<sup>109</sup> Op de keper beschouwd bleef het eigendomsrecht als zodanig in dit arrest nog onaangevoerd. Pas later, toen de voorschriften voor executie van een pandrecht analoog werden toegepast, ontstond een beperking van de bevoegdheden van de eigenaar die moeilijk te rijmen was met het wettelijk regime voor het eigendomsrecht als meest volledige type goederenrechtelijk recht.

108 In termen van Anglo-Amerikaanse rechtstheorie werd gekozen voor form boven substance. Zie voor een beschouwing van de fiduciaire eigendom op basis van dit begrippenpaar mijn bijdrage, *De geschonden fiducie in het goederenrecht, over form en substance - Beschouwingen naar aanleiding van het Sogelease arrest en de ratificatie van het Trustverdrag*, in: *Op Recht (Struyckenbundel)*, 1996, p. 337-356, en in ander opzicht ook de nog te bespreken bijdrage van J.M. Smits, *Van partijen en derden, over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten*, *GOM* XIII (1996), p. 41-64.

109 Vgl. annotator Paul Scholten "Uit het maatschappelijk leven zelf komt het verlangen op naar vormen van zekerheid met behoud van bezit der zaak door den schuldenaar. De letter der wet laat deze toe - waarom ze te verbieden? Economisch moge blijvende beschikkingsmacht en tijdelijke macht tot zekerheid tegenstellingen vormen, juridisch is de eigendom een vorm die aan het een en het ander dienstbaar kan worden gemaakt."

De problematiek van fiduciaire eigendomsoverdracht gaf decennia later aanleiding tot het Sogelease-arrest uit 1995.<sup>110</sup> In dit arrest over de betekenis van het verbod op fiduciaire eigendomsoverdracht in art. 3:84 lid 3 BW refereert de Hoge Raad expliciet aan het gesloten stelsel. In dit principiële arrest is de vraag beantwoord in hoeverre een sale and lease-back transactie verenigbaar is met de nieuwe wet. Art. 3:84 lid 3 bevat een dubbel verbod, één voor eigendomsoverdracht tot zekerheid (*fiducia cum creditore*) en één voor de zogenaamde beheerseigendom (*fiducia cum amico*).<sup>111</sup> Voor de geldigheid van deze laatste vorm van fiduciaire eigendom geeft het artikel een maatstaf: geen geldige titel van overdracht van een goed is een rechtshandeling die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. In r.o. 3.6 van zijn arrest licht de Hoge Raad de betekenis hiervan toe:

"Deze maatstaf beoogt te voorkomen dat, in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze, maar hij verzet zich niet tegen een regeling waarbij een partij de volledige eigendom heeft, en de andere partij louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft, zoals een persoonlijk gebruiksrecht, een persoonlijke verplichting de leasetermijnen te betalen, alsmede een optie de zaken aan het eind van de leaseperiode in eigendom te verkrijgen. Dat deze optie zo is ingekleed, dat zij in de praktijk wel steeds zal worden uitgeoefend, doet daaraan niet af."

Deze vermelding door de Hoge Raad van het gesloten systeem van zakenrecht, van betrekkelijk recente datum, is de meest expliciete ooit in zijn jurisprudentie. Curieus en naar mijn mening wat ongelukkig is dat hij er in 1995 voor heeft gekozen om gebruik te maken van de term 'zakenrecht'. Niet alleen was op dat moment de term 'goederenrecht' correcter gezien het feit dat het nieuwe BW reeds ruim drie jaar in werking was, ook is daardoor de ruimte gebleven voor een chicaneus pleidooi dat goederenrechtelijke rechten die rusten op rechten, niet tot het gesloten stelsel behoren.<sup>112</sup>

Zowel de formulering van de wettelijke bepaling in art. 3:84 lid 3 BW als die van het arrest maken het moeilijk het verbod van fiduciaire eigen-

---

110 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Sogelease).

111 Het fiduciaarverbod in art. 3:84 lid 3 BW komt nog uitvoerig aan de orde in § 7.3.

112 De keuze voor de term 'zakenrecht' houdt wellicht verband met het in § 2.5.3 te bespreken standpunt van W. Snijders, dat de *numerus clausus* alleen de zakelijke rechten omvat. Snijders noemt daarbij de beperkte rechten die in boek 3 BW zijn geregeld, maar niet helemaal duidelijk is of hij daarmee ook doelt op beperkte rechten op rechten. Overigens was Snijders ten tijde van het wijzen van het arrest vice-president van de Hoge Raad, maar hij had geen zitting in de kamer die het Sogelease-arrest wees.

domsoverdracht te plaatsen in de gekozen rubrieken voor de bespreking van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Beide zijn uitdrukkelijk gesteld in termen van wijzen van vestiging van rechten. Het mogelijke probleem zit bij nadere beschouwing echter niet in de wijze van rechtsverkrijging, maar in het type recht dat wordt verkregen. Er lijkt sprake te zijn van verkrijging van eigendom, maar dat eigendomsrecht is zo uitgedeeled en ontdaan van zijn typische bevoegdheden dat betwijfeld kan worden of zijn inhoud het etiket eigendom nog rechtvaardigt. Fiduciaire eigendom is daarom te beschouwen als een mogelijke inbreuk op de *Typenfixierung* van het goederenrecht.

### 2.3.5.2 Ondererfpacht

De *numerus clausus* van het aantal typen zakelijke rechten - de *Typenzwang* - heeft in het oude recht aanleiding gegeven tot twijfel over de rechtsgeldigheid van de figuur van ondererfpacht. Wanneer een erfpachter zijn recht vervolgens zelf in erfpacht uitgeeft, komt een tweede recht van erfpacht te rusten op het eerste erfpachtsrecht. Uit het oude BW leek echter voort te vloeien dat het erfpachtsrecht - in de terminologie van het nieuwe BW - alleen op zaken, en dus niet op rechten, kan rusten. Om deze onzekerheid weg te nemen, was destijds reeds een bijzondere regel in het ontwerp voor het nieuwe BW opgenomen.<sup>113</sup>

In een belastinggeschil is deze kwestie in 1982 alsnog voor de derde kamer van de Hoge Raad gekomen.<sup>114</sup> De koper van de ondererfpacht wenste de overdrachtsbelasting te omzeilen door te stellen dat het geen zakelijk recht kon zijn omdat de wet dit type niet kende. De Hoge Raad oordeelt echter:

"dat - anders dan in de toelichting op de klacht wordt betoogd - door vestiging van een recht van ondererfpacht niet een zakelijk recht wordt gevestigd dat in het thans geldende wetboek niet wordt genoemd, aangezien de ondererfpacht een zakelijk recht is dat als een recht van erfpacht moet worden aangemerkt; dat de voormelde in het NBW voorkomende regel noch met de tekst noch met het stelsel van het nu nog geldende wetboek in strijd is,"

De ondererfpacht wordt door de Hoge Raad simpelweg bij het recht van erfpacht ingelijfd. De *numerus clausus* is daarmee gered. Opvallend is dat de Hoge Raad de termen 'gesloten systeem' en 'numerus clausus' in dit ar-

113 Thans art. 5.93 BW.

114 HR 8 december 1982 (belastingkamer), NJ 1983, 686 m nt. WMK (ondererfpacht)

rest uit 1982 nog vermeld door middel van een weinig zeggende verwijzing naar 'de tekst en het stelsel van de wet'.<sup>115</sup>

### 2.3.5.3 Vruchtgebruik

Een duidelijke verwijzing naar de Typenfixierung van de beperkte rechten is te vinden in een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 28 september 1983, dat later heeft geleid tot het Tandartsenpraktijk-arrest van de Hoge Raad.<sup>116</sup> In de context van de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting rees de vraag of een recht van vruchtgebruik bestaanbaar was, wanneer het genot slechts op een deel van de zaak betrekking zou hebben. Het Hof in Den Haag overwoog:

"dat het recht van vruchtgebruik volgens art. 803 BW is een zakelijk recht om van een anders goed de vruchten te trekken alsof men zelf eigenaar daarvan was, mits zorgende dat de zaak zelve in stand blijft, dat dit zakelijk recht in dit wetboek volledig is geregeld, waarbij geen bepaling is opgenomen, krachtens welke de pp bij de vestiging van het recht hieraan een andere dan de wettelijke inhoud kunnen geven, dat de wet een vruchtgebruik van een zaak, hetwelk slechts recht zou geven van een deel daarvan het genot te hebben, niet kent ( ) zodat ook langs deze weg het ontstaan van een recht van vruchtgebruik niet kan worden aangenomen,"

De wet is volgens het Hof bepalend ten eerste voor de inhoud van een beperkt zakelijk recht en ten tweede voor de ruimte voor partijen om daarvan bij de vestiging van dat beperkte recht af te wijken. Deze rechtsoverweging is onmiskenbaar geïnspireerd geweest door de algemene opmerkingen bij boek 5 in de Toelichting Meijers uit 1954.

- 
- 115 De toelichting op het cassatiemiddel bood voldoende aanknopingspunten voor gebruik van de terminologie "( ) de strekking der wet om de zakelijke rechten met zoveel mogelijk rechtszekerheid te omkleden (noodzakelijk in verband met de zakelijke werking tegenover derden, het verschaffen van hypothecaire zekerheid en dergelijke) door middel van een gesloten systeem," Ook in HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 m nt HJS (Rabobank Haarlemmermeer/Sinke) heeft de Hoge Raad het gebruik van dergelijke termen vermeden Weliswaar spreekt hij bij de weergave van het cassatiemiddel van "het in beginsel gesloten systeem van het zakenrecht, zoals dit vóór 1 jan. 1992 gold", maar in zijn rechtsoordeel rept de Hoge Raad eenvoudigweg van "het recht van vóór 1 januari 1992" Overigens mag uit deze tijdsbepaling ongetwijfeld niet worden afgeleid dat het systeem van het goederenrecht nu niet langer gesloten is, de motivering moest worden toegespitst op het systeem van het oude zakenrecht, aangezien het geschil fiduciaire eigendom betrof
- 116 Hof 's-Gravenhage 28 september 1983, te kennen uit HR 29 mei 1985 (derde kamer), NJ 1986, 274 m nt WMK (Tandartsenpraktijk), waarover nog uitvoerig § 6 9 1 2

### 2.3.5.4 Voorrang door middel van een kwaliteitsrekening

In § 1 van dit hoofdstuk is uiteengezet dat in deze studie de gronden voor voorrang worden inbegrepen bij de *numerus clausus* van het goederenrecht. Deze brede kijk op de geslotenheid van het goederenrecht brengt het roemruchte arrest uit 1984 inzake de bankrekening van notaris Slis-Stroom in beeld.<sup>117</sup> Daarop was een fors geldbedrag ontvangen, afkomstig van een koper van een visrestaurant te Noordwijk aan Zee, genaamd *Fruits de Mer*, en bestemd voor de verkoopster. De notaris ging echter tussentijds failliet. De verkoopster claimt het bedrag als aan haar toebehoorend.

De Hoge Raad verwerpt de goederenrechtelijke claim op het bedrag, met een beroep op het wettelijk stelsel van voorrangsgronden:

"Het strookt niet met het wettelijk stelsel, volgens hetwelk de schuldeisers ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldenaar, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, een onderling gelijke rang toekomt, in een geval als bovenomschreven de koper of de verkoper die de betaling van de koopprijs via de notaris laten lopen, boven de andere schuldeisers te beschermen."

In de conclusie van Advocaat-Generaal Franx is een nog uitdrukkelijker vermelding te vinden van een gesloten systeem van voorrangsgronden, waarop inbreuk wordt gemaakt indien zou worden aangenomen dat het geldsbedrag een afgescheiden vermogen vormt:

"Het fingeren van afzondering betekent in wezen het creëren van een bijzonder, op het ongeschreven recht berustend voorrecht voor de cliënt. Dit is in strijd met ons wettelijk stelsel, dat uitgaat van het beginsel van *paritas creditorum* (art. 1178 BW) en een gesloten systeem van uitsluitend op de wet berustende privileges kent."

Franx kwalificeert de kwaliteitsrekening hier dus als een doorbraak van de *numerus clausus*: de gepretendeerde afscheiding binnen het vermogen van de gefailleerde notaris vormt een inbreuk op de *paritas creditorum*.<sup>118</sup>

117 HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom).

118 Zie uitdrukkelijk in dezelfde zin HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 m.nt. WMK (Procall). Strikt juridisch leidt de eventuele vermogensafscheiding ertoe dat de afgescheiden goederen niet meer tot het voor verhaal beschikbare vermogen van de schuldenaar behoren, zodat van een rangkwestie eigenlijk geen sprake is. Toch pleegt een dergelijke vermindering van het voor verhaal beschikbare vermogen te worden aangemerkt als een inbreuk op de gelijkheid van de schuldeisers. In ieder geval betekent aanvaarding van een kwaliteitsrekening dat een uitzondering wordt gemaakt op het in art. 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden tegenover al zijn schuldeisers, zoals door de HR in zijn arrest van 13 juni 2003 wordt overwogen in r.o. 3.3.4. Hij ver-

De benadering van de Hoge Raad is vooral in termen van voorrang op het vermogen van de gefailleerde. In de conclusie van de Advocaat-Generaal klinkt daarnaast het perspectief van vermogensafschieding door, hetgeen neigt naar een wijze van verkrijging van het meest volledige recht op een vordering. Bij beide dimensies is de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem in het geding. Er is een duidelijk verband tussen de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten en de gronden voor voorrang, alleen al omdat de goederenrechtelijke zekerheidsrechten van pand en hypotheek de zekerheidsgerechtigde een voorrangspositie verschaffen.<sup>119</sup> Zowel alle goederenrechtelijke rechten als alle overige gronden voor voorrang betreffen de positie van een rechthebbende ten opzichte van derden die eveneens rechten pretenderen te hebben jegens dezelfde schuldenaar. De terughoudendheid bij de erkenning van de kwaliteitsrekening houdt verband met de geslotenheid van het systeem van het goederenrecht.<sup>120</sup>

Inmiddels is de kwaliteitsrekening van enige specifieke beroepsgroepen, zoals notarissen en deurwaarders, in de wet geregeld.<sup>121</sup> In het Procall-arrest uit 2003 heeft de Hoge Raad ervoor gekozen de wettelijke regeling niet analogisch toe te passen op door anderen aangehouden algemene kwaliteitsrekeningen, behalve wanneer het gaat om een door de stichting derdengelden van een advocaat of een door een accountant aangehouden kwaliteitsrekening.<sup>122</sup> Daarmee heeft hij niet alleen de terughoudende koers voortgezet, maar ook zich uitdrukkelijk geconformeerd aan de door

---

volgt: "Blijkens de bewoordingen en strekking van deze bepaling kan een uitzondering daarop slechts worden aanvaard als de wet anders bepaalt."

- 119 De numerus clausus van gronden voor voorrang is geen afspiegeling van de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten, ook al vormen twee typen goederenrechtelijke rechten een wettelijke bron voor voorrang. Beide gesloten stelsels overlappen dus gedeeltelijk, maar bestaan los van elkaar. Het gesloten stelsel van voorrechten is wel een aspect van de numerus clausus van gronden voor voorrang.
- 120 Desalniettemin heeft de Hoge Raad in het arrest Slis-Stroom in een overweging *obiter* de deur opengezet voor erkenning van vermogensafschieding door middel van een kwaliteitsrekening: "Beslissend is immers dat het geld (...) deel van het vermogen van de notaris is gaan uitmaken en dat niet de weg is gekozen van storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper, noch een - voor wat betreft het afgescheiden blijven van het overgemaakte bedrag van het vermogen van de notaris - daarmee gelijk te stellen weg."
- 121 Zie art. 25 Wet op het notarisambt uit 1999, en art. 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet uit 2002. De kwaliteitsrekening en de doctrinaire opvattingen daarover worden nader geanalyseerd in § 7.4.5.
- 122 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 m.nt. WMK (Procall), eerder in dezelfde procedure anders Rb. Utrecht, 24 november 1999, JOR 2000/61 (m.nt. J.J. van Hees). In zijn arrest heeft de Hoge Raad het arrest uit 1984 uitvoerig beschreven en geciteerd. Zie over het Procall-arrest nog § 9.4.3.

de wetgever gemaakte keuzen, de rechtsontwikkeling op dit punt overlappende aan de wetgever.

### 2.3.6 *De wijzen van rechtsverkrijging en -verlies*

De inventarisatie van de rechtspraak over de verschillende aspecten van de numerus clausus leidt ten slotte naar het stelsel van wijzen van rechtsverkrijging en rechtsverlies. In oudere jurisprudentie van rond 1900 staat de exclusiviteit van het recht van opstal voor de verkrijging van een recht op een zaak op andermans grond centraal. Een serie latere arresten bepaalt in hoeverre accessoriteit in het wettelijke systeem de grondslag kan vormen voor rechtsverkrijging en -verlies.

#### 2.3.6.1 Natrekking en het recht van opstal

Het dwingende karakter van de natrekkingsregel heeft lange tijd ter discussie gestaan.<sup>123</sup> Pas in 1903 heeft de Hoge Raad beslist dat vestiging van het zakelijke recht van opstal de enige wettelijk toegestane wijze is waarop de werking van de natrekkingsregel kan worden doorkruist.<sup>124</sup>

De gemeente Amsterdam had aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw aan de vennootschap Arena een bedrijfsterrein verhuurd, waarop Arena een gebouw oprichtte. Daarop heeft Arena een hypotheekrecht gevestigd. Volgens ging zij failliet. De vraag rees of een geldig hypotheekrecht tot stand was gekomen. De Hoge Raad oordeelde:

"(..); dat voorts aangaande de rechtstoestand van het gebouw uit het geheel van 's Hofs overwegingen moet worden afgeleid dat alleen zuiver persoonlijke rechte-trekkingen uit huur en verhuur tusschen den eigenaar van den bodem en de daarop bouwende gefailleerde waren geknoopt en door den grondeigenaar aan de gefailleerde geenerlei zakelijk recht ter zake van dezen opstal op den bodem verleend was;

O. dat een en ander medebrengt, dat het roerend materiaal waaruit deze opstal ontstond, ingevolge art. 562 BW is geworden onroerend goed bij zijne oprichting en dus art. 1213 BW niet in den weg stond aan zijne bezwaring; tevens echter dat krachtens art. 656 BW de gemeente Amsterdam eigenaar van dien opstal was en dat, voor zoover de in laatstgemeld wetsartikel aangehaalde bepalingen van art. 658 of 659 BW hier toepasselijk mochten zijn geworden die toepasselijkheid Amsterdam's vrijheid van beschikking over het gebouw wel kan beperken, doch niet vermocht dat beschikkingsrecht over te brengen van de gemeente-eigenaresse op de

123 Zie in de literatuur destijds L.Ch. Besier, *Superficies solo cedit*, R.M. XI (1892), p. 446.

124 HR 4 december 1903, W. 8004. Zie ook Pres. Rb. Amsterdam 11 februari 1988, NJ 1988, 923, en HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 297.



hypotheekgeefster niet eigenaresse, uit welke huurovereenkomst geen zakelijke rechten, maar enkel persoonlijke vorderingen voortvloeien,

dat alleen dan, wanneer bleek dat de gefailleerde had wat zij blijkt te missen - n l een zakelijk recht als dat van opstal, door hetwelk eene uitzondering op den rechtsregel van art 655 voormeld kan worden geschapen - het eigendomsrecht van den grondeigenaar op hetgeen hij Arena had veroorloofd te bouwen zou zijn uitgesloten worden,

dat alzoo Arena, die aan dat gebouwde, ofschoon deel van een in art 1210 no 1 BW bedoeld lichamelijk onroerend goed, noch eigendom had noch eenig ander zakelijk recht, miste de bevoegdheid om daarover te beschikken en daarmede het bij art 1214 BW gestelde vereischte om daarop eene geldige hypotheek te verleen, "

Alleen door vestiging van het zakelijke recht van opstal verkrijgt men op wettelijke wijze de eigendom van hetgeen is gebouwd op andermans grond, en derhalve de bevoegdheid om op dat onroerend geworden goed een hypotheekrecht te vestigen. De exclusiviteit van de wettelijke wijzen van verkrijging van rechten, zowel de rechtsverkrijging door natrekking als de rechtsverkrijging door vestiging van een recht van opstal, is hiermee benadrukt. Voor afwijkende partijregelingen buiten het stelsel van de wet is geen ruimte.<sup>125</sup>

Meijers heeft in een noot bij een later arrest toegelicht waarom de ingeslagen koers de juiste is: "wij kunnen de leer der Fransche juristen niet overnemen, nu onze wetgever het recht om opstellen op eens anders grond te hebben in art. 758 vlg. aan een zelfstandige regeling heeft onderworpen".<sup>126</sup> Het Nederlandse zakenrechtelijke systeem onderscheidde

---

125 Nog uitdrukkelijk anders was beslist in HR 16 mei 1884, W 5035 "( ) er is geen de minste grond om aan te nemen, dat het beginsel, uitgedrukt in artt 626 en 656 BW, tot de openbare orde zou behooren, zoodat daarvan bij overeenkomst niet zou mogen worden afgeweken, maar dat het integendeel den grondeigenaar volkomen vrij staat om aan een ander vergunning te verleen om op zijn grond te bouwen of te planten, met dat gevolg, dat die andere eigenaar wordt van het door hem gebouwde of geplante, zoodat noch de genoemde wetsartikelen, noch een der overige aangehaalde artikelen, zijn geschonden of verkeerd toegepast." Uit de conclusie van de P-G bij dit arrest uit 1884 blijkt dat in dat geval geen sprake was "van servituutregt, opstal, erfpachtsregt of vruchtgebruik, die regten hebben niets te maken met eene overeenkomst, zooals in casu is aangegaan, en kunnen over hare regts-geldigheid niet beslissen "

126 HR 22 december 1911, W 9290 m nt EMM (Augustinus/NV Houthandel) Dit arrest betrof een vergelijkbaar geval. De Hoge Raad overwoog "O toch, dat art 656 B W als algemeene regel stelt dat al hetgeen op een erf is gebouwd, mits het gebouwde met den grond vereenigd zij, behoort aan den grondeigenaar, op welke toepassing van eigendomsverkrijging door natrekking in de volgende artikelen geen uitzondering, gelijk de slotwoorden van gemelde wetsbepaling zouden doen vermoeden, wordt gemaakt of daarin wijziging gebracht, wijl immers die artikelen blijkens hun eigen inhoud alleen beogen nader te regelen de vermogensrechtelijke gevolgen van

zich derhalve toen en nu van het Franse door een grotere geslotenheid op dit punt, doordat het maatschappelijk onmisbare, zakelijke recht van opstal was opgenomen in de wettelijke numerus clausus.

### 2.3.6.2 Accessoriteit

Het gesloten stelsel van wijzen van rechtsverkrijging en -verlies kent ook een ander facet: de accessoriteit van een aantal beperkte goederenrechtelijke rechten. Het gebruik van het eigendomsrecht ter verschaffing van zekerheid, zowel in de vorm van de overdracht tot zekerheid als in de vorm van het eigendomsvoorbehoud, heeft gedwongen tot verkenning van de grenzen van de aan de zakelijke zekerheidsrechten verbonden accessoriteitsregel. De accessoriteitsregel brengt enerzijds krachtens art. 3:82 BW mee dat afhankelijke rechten het recht volgen waaraan ze verbonden zijn, en anderzijds dat zij tenietgaan zodra het recht waaraan zij zijn verbonden teniet gaat. Dit laatste aspect is in 1980 in het arrest *Ontvanger/Schriks q.q.* aan de orde gekomen in het kader van de overdracht van vorderingen tot zekerheid; het eerste aspect van accessoriteit pas in 1994 in het arrest *Nijverdal Ten Cate/Wilderink*. Nog later, in het arrest *Potharst/Serrée* uit 1998, is de accessoriteitskwestie aan de orde gekomen in het kader van het eigendomsvoorbehoud.<sup>127</sup>

In het arrest *Ontvanger/Schriks q.q.* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij het tenietgaan van de schuld waarvoor vorderingen tot zekerheid zijn gecedeerd, de zekerheidscessie in beginsel niet teniet gaat van rechtswege, maar dat kan worden aangenomen dat de zekerheidsovereenkomst een ontbindende voorwaarde bevat die leidt tot terugkeer van de gecedeerde vorderingen aan de cedent. In het arrest *Nijverdal Ten Cate* ging het om het eerste aspect van accessoriteit, in de woorden van A-G Hartkamp in zijn conclusie bij die zaak:

"7. ( ) te weten de vraag of zekerheidseigendom in geval van overgang van het vorderingsrecht tot zekerheid waarvan hij strekt, dat recht volgt. In theorie is het mogelijk hier wél te aanvaarden dat zekerheidseigendom een accessoir karakter heeft op dezelfde wijze als pand en hypotheek dat hebben. ( ) Maar uit een oogpunt van consistente begripsvorming zou dat uiteraard niet aantrekkelijk zijn. ( . ) Ik zou dat dan ook niet willen aannemen. Naar mijn mening verzet het wettelijke, gesloten

---

de verrijking van den grondeigenaar door toename van zijn eigendom op die wijze "

127 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 m nt WMK (*Ontvanger/Schriks q.q.*), HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m nt WMK (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), respectievelijk HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m nt WMK (*Potharst/Serrée*)

stelsel van eigendomsverkrijgingen zich tegen het aanvaarden van een wijze van eigendomsverkrijging die in de wet niet wordt genoemd."

De Hoge Raad wijst daarom ook in Nijverdal Ten Cate deze vorm van accessoriteit af:

"(..) dit zou erop neerkomen dat een wijze van overgang van eigendom of van vorderingsrechten zou worden aanvaard, die de wet niet kent en die ook niet in het stelsel van de wet past."

Uit deze jurisprudentie valt af te leiden dat accessoriteit een bijzondere wijze van rechtsverkrijging of -verlies constitueert, die afwijkt van het normale wettelijke systeem, en die derhalve restrictief dient te worden toegepast.

Interessant is dat in de drie genoemde arresten een grote rol wordt toegekend aan de partij-afspraken. Blijkens Ontvanger/Schriks kan het door de Hoge Raad geformuleerde vermoeden dat de zekerheidsovereenkomst is aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van tenietgaan van de gecureerde vordering, wijken voor een afwijkende partij-regeling. Deze blijkt ook in Nijverdal Ten Cate bepalend: "ook indien de vordering tot zekerheid waarvan een vorderingsrecht is overgedragen, overgaat op een nieuwe schuldeiser, wordt het lot van dat vorderingsrecht beheerst door wat partijen op dit punt zijn overeengekomen", maar daarbij is het uitgangspunt opnieuw dat een ontbindende voorwaarde wordt vermoed deel uit te maken van de zekerheidsovereenkomst.<sup>128</sup> In Potharst/Serrée is min of meer dezelfde constructie te vinden voor het eigendomsvoorbehoud: als geldig werd aanvaard een eigendomsvoorbehoud dat krachtens de overeenkomst strekte tot zekerheid van de vordering die aan het einde van de rechtsverhouding tussen de partijen mocht blijken te bestaan, en

---

128 In het geval Nijverdal Ten Cate was geen bijzondere afspraak gemaakt. Pas twee dagen na betaling van de schulden door de borg Nijverdal Ten Cate werd met de bank overeengekomen dat haar zekerheidseigendom aan Nijverdal werd gece-deerd. Gezien het faillissement van de oorspronkelijke debiteur was dat net te laat. A-G Hartkamp was onverbiddeijk, nr. 13: "Naar mijn mening is het in het onderhavige geval, waar de rechtshandeling tussen schuldeiser en borg na de betaling werd verricht, niet mogelijk om de overgang van de zekerheden op de borg aan te nemen. Het is dunkt mij niet van belang dat het slechts om twee dagen gaat, om wille van de in het zakenrecht vereiste zekerheid zal moeten worden aangenomen dat te laat ook inderdaad te laat is." In dit type gevallen was volgens S.C.J.J. Kortmann, AAe 43 (1994) 11, p. 750, ook een andere normatieve uitleg van de rechtsverhouding denkbaar geweest: "ik zou willen aannemen dat bij de normaaltypen van eigendomsoverdracht tot zekerheid en eigendomsvoorbehoud de ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde inhoudt dat de verschuldigde prestatie wordt voldaan en dat dientengevolge de vordering tenietgaat."

voor zover die vordering valt binnen de grenzen van art. 3:92 lid 2 BW. Dit komt neer op aanvaarding van het 'bankeigendomsvoorbehoud', naar analogie van de bankhypotheek die door sommigen wordt beschouwd als een inbreuk op de voor hypotheek en pand geldende accessoriteitsregel.<sup>129</sup>

De vrijheid van partijen om van het goederenrecht afwijkende regelingen te treffen staat naar haar aard op gespannen voet met de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. Strikt genomen is het wettelijke stelsel met betrekking tot accessoriteit echter intact gebleven: getracht werd het bereik van de accessoriteitsregel te vergroten tot buiten de wettelijke perken door ook de vormen van zekerheidseigendom eronder te brengen. Eigenlijk zit het probleem dus niet in de accessoriteitsregel, maar in de aanvaarding van eigendomsvormen met louter een zekerheidsfunctie, een kwestie van aantasting van de *Typenfixierung*.

### 2.3.6.3 Executoriale verkrijging

De meest pregnante verwijzing naar het stelsel van wijzen van rechtsvervalsing is te vinden in een recent arrest in kort geding van het Hof Leeuwarden. Na executoriaal beslag te hebben gelegd op twee motorjachten ging de ontvanger over tot executoriale verkoop. Op de dag nadat de executieveiling had plaatsgevonden en de schepen mondeling waren gegund aan de gedaagde executiekoper, ging de beslagene failliet. Enige weken later vond desondanks levering van de schepen plaats. De curator in het faillissement van de geëxecuteerde stelde dat het faillissement in de weg had gestaan aan de overdracht en vorderde ongedaanmaking van de levering. De ontvanger, de executiekoper en de instrumenterende notaris stelden zich op het standpunt dat de executie met de gunning danwel de betaling van de koopprijs reeds was voltooid. Ten onrechte, zo oordeelde het hof:

"Onjuist is de opvatting dat aan de executie van de gelegde beslagen een einde kwam op het moment van de gunning dan wel op het tijdstip van betaling van de koopprijs. Aan beide opvattingen ligt de gedachte ten grondslag dat de gunning casu quo de betaling een vermogensverschuiving met betrekking tot de schepen teweegebrengt, hetgeen evenwel onverenigbaar is met het gesloten stelsel van het goederenrecht zoals dit tot uitdrukking komt in Boek 3, Titel 4, afdeling 1 BW"<sup>130</sup>

De verwijzing naar de algemene bepalingen voor de verkrijging en het verlies van goederen maakt onmiskenbaar duidelijk dat het gesloten stel-

129 Aldus o.a. annotator Kleijn

130 Hof Leeuwarden 26 april 2006, NJF 2006, 382 (Brink q q /Brand e a )

sel niet alleen de typen van rechten betreft, maar ook moet worden betrokken op de wijzen van rechtsverkrijging.<sup>131</sup>

### 2.3.7 Conclusie

Tezamen met de gemaakte inventarisatie van de relevante bepalingen uit de wet en de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis, volstaat deze inventarisatie van jurisprudentie over algemene aspecten van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem om een indruk te geven van de dimensies van de het onderwerp.

De wet en de jurisprudentie overziende, kan men een ontwikkeling ontwaren die pas met de inwerkingtreding van het nieuwe BW, of zelfs nog later - in 1995 -, is voltooid. Het oude BW uit 1838 bood onvoldoende aanknopingspunten voor een wettelijke *numerus clausus* van zakelijke rechten en voor een anderszins gesloten systeem. De rechter zag zich daardoor genooddaakt om niet in de wet geregelde zakelijke rechten in beginsel te erkennen. Daarbij werd het terrein van het goederenrecht stap voor stap afgebakend, zodat het stelsel van het Nederlandse goederenrecht systematisch vorm werd gegeven. Dit in de loop van de 20e eeuw opgebouwde systeem is het fundament van het goederenrechtelijk deel van het nieuwe BW van 1992 geworden. De wettelijke *Typenzwang* is daarin expliciet verwoord in art. 3:81 BW. In het Sogelease-arrest uit 1995 heeft de Hoge Raad zich dit wettelijke systeem uitdrukkelijk eigen gemaakt. Daarmee vormt het Sogelease-arrest in zekere zin het slotakkoord van het ontstaansproces van het wettelijk gesloten systeem van het goederenrecht en de verankering van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.

## 2.4 Gesloten stelsels in andere rechtsgebieden

Gesloten stelsels treft men ook aan buiten het goederenrecht, zo zal uit deze paragraaf blijken. Dit gegeven doet de vraag rijzen wat in het algemeen met het begrip 'gesloten stelsel' wordt bedoeld. In wezen is steeds sprake van een gesloten stelsel wanneer de wet een limitatieve opsom-

---

131 Zie ook Rb. Zwolle-Lelystad 11 januari 2006, AV4714, r.o. 3.3, ten aanzien van een door partijen gestelde levering *longa manu*, waarbij echter geen mededeling of erkenning had plaatsgevonden: "De door partijen gestelde wijze van eigendomsverkrijging zou echter inbreuk maken op het gesloten stelsel van eigendomsverkrijging." Zie tevens Rb. Arnhem 1 december 2004, AS3857, r.o. 15: "Uit het gesloten stelsel van het goederenrecht volgt dat indien is voldaan aan de vereisten van art. 3:84 juncto 3:90 BW, er in beginsel sprake is van overdracht."

ming geeft van rechtsgronden of rechtstypen of een dergelijke beperking in het stelsel van de wet besloten ligt. Een limitatieve opsomming door de wetgever betekent in veel gevallen dat is afgezien van het geven van een algemene definitie of begripsomschrijving, omdat het onmogelijk bleek daarmee een voldoende duidelijke grens te trekken tussen enerzijds rechtsfiguren die wel onder de wettelijke regeling dienden te vallen, en anderzijds andere rechtsfiguren en tussenvormen.

Hier volgt een korte omschrijving van enige gesloten stelsels buiten het goederenrecht. Het is een niet-limitatieve opsomming. Eerst worden stelsels besproken die dicht bij de goederenrechtelijke *numerus clausus* staan, zoals de *numerus clausus* van rechtspersonen en het stelsel van waardepapieren, dan de geslotenheden binnen het verbintenisrechtelijk systeem, vervolgens processueel georiënteerde geslotenheden, en ten slotte de gesloten stelsels van ontslag- en huuropzeggingsgronden. Aan het overzicht worden geen conclusies verbonden voor ieder stelsel afzonderlijk; het dient vooral ter illustratie van het denkmodel van een *numerus clausus*.

## 2.4.1 Overzicht

### 2.4.1.1 Rechtspersonen

Een belangrijke verschijning van een *numerus clausus* treft men aan in het rechtspersonenrecht.<sup>132</sup> "Een gesloten stelsel houdt in dat de wettelijke consequenties die aan het bezit van rechtspersoonlijkheid worden verbonden alleen voor die entiteiten gelden die bij of krachtens de wet als rechtspersonen worden aangemerkt."<sup>133</sup> Het blijkt mede uit de algemene bepaling in art. 2:25 BW, dat boek 2 aangemerkt als dwingend recht behalve waar anders is bepaald.<sup>134</sup> Ook dit gesloten stelsel omvat mede de wijzen van beëindiging en liquidatie van rechtspersonen.<sup>135</sup> In boek 2 BW is niet alleen geopteerd voor een gesloten stelsel; bovendien is een aantal regels vastgelegd die voor iedere rechtspersoon moeten gelden. "De inhoud van

132 Zie o.a. Asser-Maeijer 2-II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 8<sup>e</sup> druk 1997, nr. 32a, 33 en 185.

133 M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, diss. Tilburg, 1999, p. 12. De vermogensrechtelijke consequenties worden geëxpliciteerd in art. 2:5 BW: een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft in beginsel met een natuurlijke persoon gelijk.

134 Zie nog § 9.4.1.4.

135 Zie explicite Rb. Zwolle 11 september 1996, PrG 1997, 4731: in een arbeidszaak werd erop gewezen dat een rechtspersoon (ex-werkgeefster) niet - volgens het gesloten stelsel van het rechtssysteem - was geliquideerd, maar slechts een andere naam had gekregen.

het begrip rechtspersoon is daarmee in vergaande mate gesubstantieerd. In even vergaande mate is daarmee aan de doktrine de vrijheid ontnomen om aan het begrip een in iedere rechtssituatie passende inhoud te geven.<sup>136</sup>

De wet geeft in art. 2:3 BW een opsomming van de typen van rechtspersonen: verenigingen, cooperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid.<sup>137</sup> De wetgever heeft gekozen voor een opsomming van de organisatievormen die als rechtspersonen worden aangemerkt, omdat er "tussen een rechtspersoon en een of meer voor een bepaald doel bestemde zaken zoveel tussenvormen zijn, dat ergens een grens moet worden getrokken en dat het gevaarlijk is dat aan de hand van een algemene definitie te doen".<sup>138</sup> Buiten deze wettelijke opsomming vallen de zogenaamde personenvennootschappen, met name de maatschap, de commanditaire vennootschap en de vennootschap onder firma.

Ten aanzien van deze personenvennootschappen doet zich een fenomeen voor dat typerend is voor vrijwel elke *numerus clausus*: een krachtig pleidooi voor erkenning van buitenwettelijke vormen. In het bijzonder ten aanzien van de vennootschap onder firma wordt op basis van de

---

136 P. van Schilfgaarde, WPNR 5251 (1974), op p. 117. In zijn preadvies *Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm*, NJV 2000-1, p. 236, noot 111, merkt F. K. Buijn hierover op: "Ik meen dat deze redenering slechts in beperkte mate geldt. Het feit dat er Algemene Bepalingen op de rechtspersoon van toepassing zijn, betekent niet dat er niet nieuwe rechtsvormen ontwikkeld kunnen worden. Wel is het zo dat het kader waarbinnen die rechtsvorm zich ontwikkelt, in beginsel door de Algemene Bepalingen [van titel 1, boek 2 BW] wordt bepaald. Het is uiteindelijk aan de wetgever om te beslissen." Zie ook p. 171-172.

137 Buijn, o.c., p. 237, stelt voor in de wet expliciete neer te leggen dat alleen de wetgever, niet de rechter, de bevoegdheid heeft om nieuwe vormen van rechtspersonen te aanvaarden. Daartoe zou art. 2:3 BW moeten worden aangevuld met een frase zoals is te vinden in art. 2:1 lid 2 BW: "Andere lichamen bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt." Buijns voorstel is als vraagpunt 7 voorgelegd aan de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging op 9 juni 2000 in Groningen. De meerderheid van de aanwezigen stemde in met het voorstel.

138 Toelichting Meijers (1954), PG 2, p. 121, zie ook p. 131. Een wetgever, die zijn dwingende bepalingen wenst te zien geeerbiedigd, moet materiele kenmerken voor de verschillende soorten van rechtspersonen opstellen, zodat iedere vorm beantwoordt aan een bijzondere door de wet erkende behoefte. Zie omtrent de keuze van E. M. Meijers voor een gesloten stelsel van rechtspersonen en de reacties daarop in de literatuur J. A. F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, diss. Tilburg, 1997, p. 15-28.

rechtsontwikkeling gesteld dat deze rechtspersoonlijkheid bezit.<sup>139</sup> Evenzeer typerend is dat de wetgever vervolgens heeft besloten de personenvennootschappen wettelijke erkenning als rechtspersonen te geven.<sup>140</sup> De numerus clausus van wettelijke vormen van een rechtspersoon zou hierdoor worden vergroot.

Het rechtspersonenrecht levert ook een illustratie van een andere complicatie die een numerus clausus typeert: het *fait accompli* van 'vreemde' vormen of typen van buitenwettelijke origine, waarvan de geldigheid onbetwistbaar is. Het gaat hier om de kerkgenootschappen. Deze zijn in veel gevallen op basis van hun eigen recht of statuut aan te merken als rechtspersoon, soms sinds eeuwen, zonder dat de Nederlandse wet er enige bemoeienis mee heeft in de vorm van een inhoudelijke wettelijke regeling.<sup>141</sup> De numerus blijft slechts gesloten indien de wet naar deze buitenwettelijke vormen verwijst. Dat doet de Nederlandse wet dan ook in art. 2:2 BW.<sup>142</sup> De geslotenheid wordt erdoor echter nogal steriel: aangezien de Nederlandse wetgever inhoudelijk niets of weinig in de melk brokt, houdt de wettelijke verwijzing naar deze in de wet niet geregelde vorm het stelsel slechts *pro forma* gesloten. Daarom spreekt A.V.M. Struycken in dit kader van een ontheffing van de Typenzwang van het zogenaamde gesloten systeem van het rechtspersonenrecht.<sup>143</sup>

139 Zie o.a. M.J.G.C. Raaijmakers, *Persoongebonden samenwerkingsvormen en de "onderneming"* in het privaatrecht, in *Personenvennootschappen en "onderneming"*, 1999, op p. 21, met verdere verwijzingen, o.a. naar Scholten en Schoordijk. Anders, op basis van de heersende leer, o.a. Van Kempen, o.c., p. 2.

140 Zie het Ontwerp uit 1972, van de hand van W.C.L. van der Grinten, geïnspireerd door art. 2.1.3 van het ontwerp BW van Meijers; de "Notitie naar aanleiding van een ontwerp van wet betreffende de (personen)vennootschap: titel 7.13 NBW" van de hand van J.M.M. Maeijer, het verslag van de vergadering van de Vereniging Handelsrecht op 6 november 1998, 1999; M. van Olffen, V&V 1998, p. 102; L. Timmerman, *Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht*, preadvies NJV 2000-I, nr. 35.

141 Een zwakke variant van dit geval wordt gevormd door op het gewoonterecht gebaseerde lichamen die stammen uit een ver verleden en waarvan het *voortbestaan* als rechtspersoon wettelijk wordt geëerbiedigd. Men denke aan de stichting die pas op 31 mei 1956 bij de wet gedeeltelijk is geregeld in de Wet op de stichtingen (Stb. 1956, p. 327), welke in werking is getreden per 1 januari 1957. Zie ook L. Hardenberg, *Het onderkennen en aanpassen van oude stichtingen*, WPNR 6413 (2000), p. 577-586.

142 Art. 2:2 lid 1 BW luidt: 'Kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, bezitten rechtspersoonlijkheid.' Lid 2 vervolgt: 'Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. (...)'

143 Zie daarover en over de vraag of de wettelijke erkenning van de rechtspersoonlijkheid van kerkgenootschappen een kwestie is van internationaal privaatrecht of van intern Nederlands recht: A.V.M. Struycken, in: *Goed en Trouw* (Van der Grintenbundel), 1984, p. 267, en in: *Netherlands Reports to the Fifteenth International*



### 2.4.1.2 Waardepapieren

Een interessant voorbeeld van een open stelsel dat vroeger wel als gesloten werd beschouwd, is het stelsel van waardepapieren.<sup>144</sup> Volgens A. van Oven wil een open stelsel "zeggen, dat partijen bij een zich daartoe lenende rechtsbetrekking - onverschillig van welke aard - in beginsel steeds bevoegd zijn, deze desgewenst in een aan order of toonder luidende schriftelijke verklaring vast te leggen, m.a.w. de tussen hen bestaande verbintenis 'aan order of toonder betaalbaar te stellen'."<sup>145</sup> Dit betekent niet dat elk document dat de betrokkenen als een vorm van waardepapier aanduiden, ook als zodanig wordt erkend. Het document moet voldoen aan een aantal eigenschappen: het dient bijvoorbeeld te worden ondertekend en de strekking te hebben het recht op betaling of het recht op uitgifte van zaken te belichamen.<sup>146</sup>

Ook dit voorbeeld illustreert twee verwante aspecten van het verschijnsel *numerus clausus*: ook wanneer rechtssubjecten de vrijheid hebben zelf nieuwe rechtstypen of -vormen te creëren, is hun geldigheid afhankelijk van her- of erkenning door een rechter.<sup>147</sup> Die erkenning door de rechter is bovendien afhankelijk van de constatering dat het door partijen gecreëerde type een of meer eigenschappen heeft die als karakteristiek voor het genus worden aangemerkt. Hierbij dringt de normaaltypebenadering van Meijers zich op in de gedachten: er is alleen dan sprake van een of ander, eventueel nieuw, goederenrechtelijk recht wanneer één of meer karakteristieken van dat rechtsbegrip geconstateerd kunnen

---

Congress of Comparative Law (Bristol 1998), p. 75-76, versus J.M.M. Maeijer, in mededelingen KNAW, 1986, p. 55 en in Asser-Maeijer 2-II, 1997, nr. 207.

144 Vermeldenswaardig is dat ook onder *vigueur* van het gesloten stelsel van het oude recht niet alle waardepapieren die als waardepapier werden erkend, ook een wettelijke basis hadden. De ceel is door de hoogste rechter pas in het arrest *Nieuwe Matex* (HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338, AAe 1978, p. 512 m.nt. P. van Schilfgaarde) erkend als waardepapier waarvan levering geldt als levering van de daarin aangeduide zaken. In het geldende recht heeft de ceel als zodanig wettelijke erkenning gekregen in art. 7:607 BW.

145 A. van Oven, *Handelsrecht*, 1981, p. 209. Aldus ook Roy Goode, *Commercial law*, 1995, p. 518, ten aanzien van *instruments* (een *instrument* wordt door hem omschreven als a document of title to money; as a documentary intangible, the physical embodiment of the payment obligation), d.w.z. o.a. wissels en cheques, de typen waardepapieren die een recht op betaling belichamen.

146 Van Oven, a.w., p. 206. Vgl. Goode, t.a.p.: "In practice, instruments as a class usually possess distinctive characteristics without which it is unlikely to be given recognition as an instrument."

147 De kwestie in hoeverre een rechter bestaand recht vindt dan wel nieuw recht schept, blijft hier buiten beschouwing; in beide gevallen komt de rechter eraan te pas.

worden.<sup>148</sup> Zo bezien vormt de normaaltype-benadering een dimensie van het verschijnsel van *numerus clausus*; alleen rechten ten aanzien van goederen die in voldoende mate de karakteristieken van een goederenrechtelijk type vertonen, komen in aanmerking voor rechterlijke erkenning als goederenrechtelijk recht.

#### 2.4.1.3 Verbintenissenrecht

Het verrast wellicht dat ook het verbintenissenrecht aan de orde komt in een overzicht van gesloten stelsels in het recht. In de traditionele weergave van het vermogensrecht wordt de tegenstelling gemaakt tussen het gesloten goederenrecht en het open verbintenissenrecht. Gedoeld wordt vooral op de bronnen van verbintenissen.<sup>149</sup>

In art. 1269 Oud BW was bepaald dat verbintenissen ontstaan uit overeenkomst of uit de wet. De Hoge Raad heeft deze bepaling in het arrest Quint/Te Poel uit 1959 ruim uitgelegd. Hij overwoog dat niet iedere verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, maar dat in gevallen die niet specifiek in de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet gegergelde gevallen.<sup>150</sup>

In het nieuwe burgerlijk wetboek is een op het eerste gezicht vergelijkbaar uitgangspunt opgenomen in art. 6:1 BW:

'Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.'

Met de term 'voortvloeden' heeft de wetgever beoogd de versoepeling uit het arrest Quint/Te Poel te codificeren.<sup>151</sup> Mede daarom wordt op basis van art. 6:1 BW in de literatuur gesteld dat in het verbintenissenrecht

148 Zie E. M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1949, p. 268 e.v., en verder ook Fischer, *NJB* 1949, p. 553 e.v. en 585 e.v. Naar beide werken wordt verwezen in de Toelichting Meijers, PG 5, p. 3, voetnoot 2.

149 De vraag naar de bronnen van goederenrechtelijke rechten wordt nooit gesteld. De wet is uiteraard de grondslag voor vrijwel alle goederenrechtelijke rechten, maar er is geen sprake van dat dergelijke rechten uit de wet ontstaan. Aan de totstandkoming van goederenrechtelijke rechten ligt meestal, maar niet steeds, een rechtshandeling ten grondslag. Zo bezien valt de vraag naar de bronnen van goederenrechtelijke rechten samen met de vraag naar de wijzen van rechtsverkrigging.

150 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel), waarover ook § 9.4.3. Zie ook de nuance die is aangebracht in deze formulering in HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3 (Van der Tuuk Adriani/Batelaan) en daarover de noot van J. Hijma, in *AAe* (1997), p. 102, § 6.

151 *MvA II* bij art. 6:1 (d.d. 30 januari 1976), PG 6, p. 42.

sprake is van 'half gesloten' of 'gematigd open' stelsel van bronnen van verbintenissen.<sup>152</sup>

Op de keper beschouwd is art. 6:1 BW een wezenlijk andere bepaling dan zijn voorganger art. 1269 Oud BW, dat naast de wet ook de overeenkomst als bron van verbintenissen noemde. Art. 6:1 is te beschouwen als een verwijzing naar de in de wet vermelde bronnen van verbintenissen, waarvan de overeenkomst er één is. De term 'wet' in art. 1269 Oud BW verwees kennelijk naar de verbintenis uit onrechtmatige daad, terwijl in art. 6:1 met dezelfde term wordt bedoeld op het wettelijk stelsel van bronnen van verbintenissen. Een aanwijzing daarvoor is ook te vinden in het opschrift van titel 6.4 BW: 'Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst'.

De wettelijke bronnen waaruit verbintenissen kunnen voortvloeien, kunnen als volgt worden gecatalogiseerd: ten eerste de obligatoire overeenkomst, en ten tweede de onrechtmatige daad. Ten derde gelden als bronnen van verbintenissen de rechtsfiguren zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, en ongerechtvaardigde verrijking. De vierde bron voor verbintenissen wordt gevormd door de eisen van redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder de aanvullende werking op grond van art. 6:248 lid 1 BW, aangezien op grond daarvan nieuwe verbintenissen ontstaan, zij het steeds in samenhang met een andere reeds bestaande verbintenis uit overeenkomst. De vijfde wettelijke bron is de moraal. krachtens art. 6:3 lid 2 sub b BW vormt de moraal een bron voor het ontstaan van een natuurlijke verbintenis.<sup>153</sup> Ook een natuurlijke verbintenis is rechtens im-

- 
- 152 Zie respectievelijk W. Sijders, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, p. 91 ("Art. 6:1 BW betreft een ander (half) gesloten stelsel dat van verbintenissen") met verwijzing naar PG 6, p. 42 laatste alinea, en Smits, NTBR 1999/6, p. 171 l k ("De visie van de wetgever dat het stelsel van bronnen van verbintenis slechts gematigd open is"). Zie verder o.a. G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW A-2, 1983, § 47 ("De openheid is groot, maar niet onbeperkt") en § 51, J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW A-2, 2003, § 16 ("Dit stelsel wordt wel omschreven als 'gematigd open'"), Asser-Hartkamp 4-I, 12<sup>e</sup> druk 2004, nrs. 47-52, B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, 1991, deel I, p. 7 e v., J.M. van Dunne, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of De natuur is sterker dan de leer*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, p. 45 e v. Door H.C.F. Schoordijk wordt vurig bepleit dat ook in de literatuur wordt erkend dat er een ontwikkeling heeft plaatsgevonden naar een meer open systeem van verbintenissen, zie art. 6:1 BW dan ook "de meest verouderde bepaling van het gehele Algemene Deel van het Verbintenissenrecht", zie zijn artikel getiteld *Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort*, in: *NJB* 1996, afl. 26, p. 1001-1008, en zijn *Amsterdamse rede* getiteld *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, 1996, p. 43.
- 153 Deze wettelijke bron heeft een jurisprudentiele herkomst. HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 m nt. PS, W. 11488 (Goudse bouwmeester).

mers een verbintenis uit wettelijke bron, zij het een niet-afdwingbare verbintenis.

Betwijfeld kan worden of het nog wel juist is naast deze bronnen ook de wet als bron van verbintenissen te noemen. De wet is slechts bron van bronnen van verbintenissen.<sup>154</sup> Alle verbintenissen die heten voort te vloeien uit de wet, zijn terug te voeren ofwel op een overeenkomst, ofwel op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, ofwel op de verrijkingsgedachte die in het nieuwe recht wettelijk is verankerd in art. 6:212 BW. In het bijzonder de wettelijke ongedaanmakingsverbintenissen, de wettelijke verbintenissen tot betaling van loon en tot vergoeding van gemaakte kosten en de wettelijke regresrechten kunnen naar mijn indruk alle worden geplaatst in het kader van de verrijkingsgedachte.<sup>155</sup> Dienengevolge is de wet zelf geen bron meer naast de andere wettelijke bronnen van verbintenissen.

De limitatieve opsomming van wettelijke bronnen van verbintenissen zou een gesloten systeem kunnen worden genoemd.<sup>156</sup> Het betreft echter een *numerus clausus* van bijzondere aard: er is inderdaad sprake van *Fixierung*, maar slechts van bronnen, niet van de verschillende typen verbintenissen zelf. Alleen het wettelijk kader voor het ontstaan van verschillende varianten van verbintenissen is vastgelegd. Voor G.J. Scholten gaat het niet om de vraag of het systeem van verbintenissen open of gesloten is; z.i. is sprake van "een *verbintenissenrecht met gestructureerde openheid*". De structuur voor de ontwikkeling van het verbintenissenrecht ligt

154 Scholten, a.w. § 44, noemt de wet daarom "de enige *grondslag* van verbintenissen".  
 155 Zie bijvoorbeeld art. 3:120 en 121, lid 2 (vergoeding kosten bezitter), art. 5:10 (vind ersloot), art. 5:57 lid 1 (schadevergoeding bij aanwijzing van een noodweg), art. 5:99 (vergoeding na einde erfpacht). Hetgeen hier verstaan wordt onder de verrij kingsgedachte is ruimer dan art. 6:212 BW rechtvaardigt: het omvat in de benade ring hier mede de gevallen waarin de begunstigde niet is gebaat, aangezien de ver arming van bijvoorbeeld de zaakwaarnemer is te beschouwen als een vorm van beoogde verrijking, zij het dat deze niet is gematerialiseerd. Contrasteer Asser-Hart kamp 4-III, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 311 slot. Overigens zou ik als een gevolg van behoort lijke zaakwaarneming de totstandkoming van een impliciete contractuele verhou ding tussen zaakwaarnemer en belanghebbende willen aannemen, in de lijn van de Franse leer van de quasi-contracts. Het ruime concept van de verrijkingsgedachte kan mede de vordering op grond van onverschuldigde betaling omvatten nu deze verwantschap vertoont met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking (zie Asser-Hartkamp 4-III, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 316).

156 In de literatuur is verdedigd dat naast de genoemde bronnen voor verbintenissen nog andere bestaan, bijvoorbeeld door Vranken is gesteld dat een eenzijdige toezegging een bron voor verbintenissen kan zijn, door Nieskens-Isphording het opge wekt vertrouwen en door J. Smits de causa. Deze additionele bronnen, die hier bui ten beschouwing blijven, zouden - voor zover te onderscheiden van de redelijkheid en billijkheid - een verdere uitbreiding van het gesloten wettelijke aantal vormen.

besloten in het stelsel van de wet, dat krachtens art. 6:1 BW het kader vormt.<sup>157</sup>

Geconstateerd is dat de geslotenheid van het goederenrecht meebrengt dat de inhoud van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten vastligt. De openheid van het verbintenissenrecht zou daarentegen meebrengen dat het partijen vrijstaat verbintenissen de inhoud te geven die zij wensen. Het zou betekenen dat binnen het kader van verschillende wettelijke bronnen inhoudelijk zeer verschillend ingevulde verbintenissen kunnen ontstaan.

Uiteindelijk is slechts in beperkte mate sprake van inhoudelijk zeer divers vorm gegeven verbintenissen. Op de eerste plaats geldt in beginsel eenzelfde regime voor alle verbintenissen tot schadevergoeding, uit welke bron ook ontstaan; de regeling van de inhoud en de omvang van verbintenissen tot schadevergoeding in afdeling 6.1.10 BW is in beginsel steeds van toepassing.<sup>158</sup> Van modificatie van de inhoud van dergelijke verbintenissen door de betrokkenen zelf is meestal geen sprake.<sup>159</sup>

Op de tweede plaats kunnen ook de meeste verbintenissen uit overeenkomst worden ondergebracht in verschillende welomschreven rubrieken: heel boek 7 BW geeft specifieke regelingen die de inhoud van een groot aantal - in de praktijk het meest voorkomende - 'Bijzondere overeenkomsten' en de daaruit voortvloeiende verbintenissen een specifiek gemodelleerde vorm geven. Steeds wanneer een overeenkomst beantwoordt aan de omschrijving van één of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, is die regeling in beginsel van toepassing.<sup>160</sup> Er is dus in belangrijke mate sprake van wettelijk benoemde typen van overeenkomsten en verbintenissen, evenzeer als in het goederenrecht sprake is van benoemde typen van goederenrechtelijke rechten.

---

157 A.w., § 51. Scholten voegt eraan toe dat een volledig open systeem van verbintenissen ook helemaal niet nodig is als er een open systeem is voor rechtsplichten. Zo verschuift de vraag naar de geslotenheid van het systeem van bronnen van verbintenissen naar het niveau van de rechtsplichten waarnaar in die wettelijke bronnen wordt verwezen.

158 Binnen het kader van het ene uniforme regime voor schadevergoedingsverbintenissen is overigens wel enige ruimte voor differentiatie op basis van de aard van de schade veroorzakende gebeurtenis of handeling. Zie daarover o.m. H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden, 1999.

159 Exoneratieclausules staan in de weg aan het ontstaan van schadelijktigheid. Het contractuele boetebeding, zoals geregeld in art. 6:91-94 BW, wordt niet beschouwd als een verbintenis tot schadevergoeding in strikte zin. Afdeling 6.1.10 BW is daarop dan ook in beginsel niet van toepassing, zie Asser-Hartkamp 4-I, 12<sup>e</sup> druk 2004, nr. 405. Wel komt het voor dat sommige typen schaden in een contract worden uitgesloten.

160 Dit vloeit voort mede uit art. 6:215 BW over de gemengde overeenkomsten. Zie ook art. 7:610 lid 2 BW ten aanzien van de arbeidsovereenkomst.

Er zijn meer gelijkenissen met het goederenrechtelijk stelsel. Voor zover door partijen bij een overeenkomst wordt gevarieerd binnen het kader van een van de benoemde overeenkomsten, worden in de meeste gevallen eveneens vaste wettelijke patronen gevolgd. Wanneer zij ervoor kiezen bijvoorbeeld het moment waarop aflevering eigendomsovergang tot gevolg heeft, uit te stellen, krijgt die afspraak vrijwel steeds de vorm van de wettelijk in art. 3:92 BW gereguleerde figuur van het eigendomsvoorbehoud. De normatieve uitleg werkt hier bovendien als 'sluitende factor' in het systeem; afhankelijk van de mate waarin men deze benadering van het contractenrecht aanhangt, wordt de wil van partijen normatief vorm gegeven op grond van het recht en de redelijkheid en billijkheid.

Verder zijn sommige typen van benoemde overeenkomsten door de wetgever zozeer in strijd met de goede zeden en de openbare orde geacht dat er afbreuk aan gedaan wordt: aan de verbintenis uit spel en weddenschap wordt door de wet in art. 7A:1828 BW de afdwingbaarheid onthouden, zodat slechts een natuurlijke verbintenis resteert.<sup>161</sup> Ook in het goederenrecht kan de inhoud van sommige goederenrechtelijke figuren door de betrokkenen worden gemodificeerd, en biedt de wet daarvoor soms verschillende mogelijkheden. Verder zijn sommige oude typen goederenrechtelijke rechten bewust niet in de wet opgenomen, waardoor ze niet langer behoren tot de rechs erkende typen.

Ondanks al deze gelijkenissen tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht zoals dat van dag tot dag in de praktijk vormt krijgt, is er een fundamenteel verschil van uitgangspunt: de inhoud van de verbintenissen uit benoemde overeenkomsten staat ter vrije dispositie van partijen, terwijl de inhoud van de verschillende goederenrechtelijke rechten door de wet in beginsel dwingend wordt voorgeschreven of begrensd. Aangezien de wettelijke regeling van de verschillende benoemde overeenkomsten overwegend regelend van aard is, kunnen partijen daarvan afwijken, ook wanneer hun overeenkomst voldoet aan de wettelijke omschrijving van een van de benoemde overeenkomsten uit boek 7 BW. Maar ook dit diametraal tegengestelde uitgangspunt geldt niet onverkort: ook in het verbintenissenrecht is een aantal regels te vinden die dwingend van aard zijn.<sup>162</sup> Het gaat overigens steeds om regels van bepaalde typen,

161 In het Ontwerp NBW art. 7.16.1 is gekozen voor de verdergaande constructie dat uit een kansspel helemaal geen verbintenis voortvloeit.

162 Zie o.a. art. 7:413 ten aanzien van de overeenkomst van opdracht, art. 468 ten aanzien van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en art. 862 ten aanzien van borgtocht. In de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in titel 7.10 BW wordt in vrijwel ieder artikel afzonderlijk aangegeven in hoeverre van die regel mag worden afgeweken.

zoals vorm- en bewijsvoorschriften, welke ofwel de rechtszekerheid dienen, ofwel strekken tot bescherming van een structureel zwakkere contractspartij. Het zijn dezelfde overwegingen die de wetgever ertoe hebben gebracht om in sommige gevallen vrijwel de gehele regeling van een benoemde overeenkomst dwingend van toepassing te verklaren. Bijvoorbeeld op grond van de strekkingsbepaling van art. 7A:1576 lid 3 en 1576h lid 2 BW worden overeenkomsten die lijken op koop op afbetaling en huurkoop beheerst door de wettelijke regeling die krachtens art. 7A:1576a in beginsel dwingend van toepassing is. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de consumentenkoopovereenkomst in de zin van art. 7:5 BW krachtens art. 7:6 BW, en de reisovereenkomst krachtens art. 7:513 BW. Het gaat in de meeste gevallen om overeenkomsten waarbij consumenten of particulieren betrokken zijn, en verder om gevallen waarin één van de contractspartijen als structureel zwakker dan de andere wordt aangemerkt.<sup>163</sup> Vergelijkbaar is ook het dwingendrechtelijke karakter van de regeling van algemene voorwaarden voor iedere soort wederkerige overeenkomst in afdeling 6.5.3 BW.

De conclusie is deze: voor zover er in het verbintenissenrecht sprake kan zijn van een gesloten stelsel, is dat van andere aard dan de *numerus clausus* in het goederenrecht, aangezien het de bronnen van verbintenissen betreft in plaats van de inhoud van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Waar het uitgangspunt in het goederenrecht is dat de inhoud van de goederenrechtelijke rechtsfiguren dwingendrechtelijk in de wet is geregeld, bestaat in het verbintenissenrecht in beginsel volledige vrijheid voor de partijen bij de vormgeving van de inhoud van hun rechten en plichten. Afwijkingen van deze tegenovergestelde uitgangspunten zijn een kwestie van gradaties. Voor zover ook in het verbintenissenrecht de inhoud van verbintenissen dwingendrechtelijk in de wet is vastgelegd, kan wellicht worden gesproken van een gesloten systeem. Anticiperend op het vervolg van deze studie, kan het vermoeden worden geuit dat de dwingendrechtelijke delen van het verbintenissenrecht evenzeer worden gedomineerd door een aantal gemeenschappelijke karakteristieke eigenschappen en fundamentele beginselen als het gesloten systeem van het goederenrecht.

In het verbintenissenrecht kan ook in een ander opzicht een *numerus clausus* worden ontwaard: er is sprake van een gelimiteerd aantal typen

---

163 Uiteraard zijn niet alleen consumenten en particulieren maar ook bedrijven en rechtspersonen partij bij dergelijke overeenkomsten, met name huur en pacht. Op grond van de aard van deze overeenkomsten worden ook zij beschermenswaardig geacht

van kwalitatieve en risico-aansprakelijkheden. Een aspect hiervan is dat de aansprakelijke personen limitatief worden opgesomd.<sup>164</sup> Voor het oude recht is aan de vooravond van de inwerkingtreding van het nieuwe BW in de jurisprudentie uitdrukkelijk geoordeeld dat er sprake is van een gesloten systeem.<sup>165</sup> In het BW zijn de meeste kwalitatieve en risico-aansprakelijkheden te vinden in de afdelingen 6.3.2 en 6.3 BW.<sup>166</sup> Alleen de wetgever is in staat nieuwe typen vast te stellen, aangezien overwegingen van rechtspolitieke aard daaraan richting geven.<sup>167</sup>

#### 2.4.1.4 Verjaring

De verjaringsregeling biedt een voorbeeld van een gesloten stelsel in het schemergebied tussen het verbintenissenrecht en het procesrecht. Voor verlenging van de verjaringstermijn op basis van art. 3:320 is alleen grond in de limitatief door de wet in art. 3:321 BW opgesomde gevallen, naast het geval van faillissement krachtens art. 36 Fw.<sup>168</sup> Het gaat om gevallen die familie- en andere afhankelijkheidsrelaties betreffen en om enige an-

164 Asser-Hartkamp 4-III, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 126.

165 Zie Hof 's-Gravenhage 19 september 1990, NJ 1991, 502. Het betreft een geval waarin een psychiatrische patiënt gedurende zijn verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis de dienstdoende verpleegkundige had mishandeld. De verpleegkundige stelde het ziekenhuis aansprakelijk. Het Hof overwoog aldus: "Lid 1 van art. 1403 BW is slechts te beschouwen als een inleiding tot de volgende leden van dit artikel, terwijl in de leden 2, 3 en 4 wordt aangegeven welke personen aansprakelijk zijn voor onrechtmatige daden van anderen. Omdat in deze gevallen een verdergaande aansprakelijkheid wordt gecreëerd dan uit art. 1401 BW voortvloeit, wordt algemeen aangenomen dat hier sprake is van een gesloten systeem. Derhalve is er geen plaats voor analoge toepassing. In principe zou slechts de wetgever uitbreiding kunnen geven aan deze categorie van aansprakelijkheden."

166 Zie over deze aansprakelijkheidsgronden C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, diss. Nijmegen, 1991. Het Romeinse recht kende een gesloten stelsel van alle onrechtmatige daden, aangezien het slechts een beperkt aantal formula's voor de verschillende typen onrechtmatige daden kende, die limitatief waren opgesomd. Zie J.H.A. Lokin, *Prota*, hoofdstuk VI § 66, 1993, p. 334; zie ook § 38, p. 281, over het open en het gesloten stelsel van overeenkomsten in het Romeinse recht.

167 Vgl. TM bij titel 6.3 (d.d. 30 oktober 1961), PG 6, p. 605. Voor ogen dient echter te worden gehouden dat door uitholling van het schuldvereiste in de rechtspraak nieuwe, versluierde vormen van risico-aansprakelijkheid kunnen worden gecreëerd. In het oude recht is het Stierkalf-arrest (HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353) daarvan een voorbeeld, dat de aansprakelijkheid voor dieren betrof.

168 Aldus Asser-Hartkamp 4-I, 12<sup>e</sup> druk 2004, nr. 684: "Niet slechts dient de verjaring als zodanig de rechtszekerheid, maar ook kan de voltooiing van de verjaring tot zakenrechtelijke gevolgen leiden, waarvan vast moet staan of en wanneer zij zijn ingetreden. Andere verlengingsgronden dan in de wet opgesomd kunnen dan ook mijns inziens niet worden aanvaard.", met verwijzing naar anders luidende literatuur.



dere gevallen die zijn gebaseerd op het adagium *contra non valentem non currit praescriptio* - het beginsel dat de verjaring niet loopt tegen de gerechtigde die zich in de onmogelijkheid bevindt zijn recht uit te oefenen. Ook hier blijkt echter dat in de jurisprudentie gevallen te vinden zijn waarin een verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing is gelaten.<sup>169</sup> Nóg dichter bij het procesrecht zit het stelsel van beroepstermijnen.<sup>170</sup>

#### 2.4.1.5 Procesrecht

In het burgerlijk procesrecht bestaat een gesloten stelsel van dwangmiddelen en middelen tot bewaring van recht.<sup>171</sup> Bovendien is sprake van een gesloten stelsel van rechtsmiddelen: een rechterlijke uitspraak kan alleen op een van de in de wet geregelde wijzen worden aangetast, zijnde verzet, hoger beroep, cassatie, revisie en derden-verzet.<sup>172</sup> Soms wordt getracht het gezag van gewijsde van een uitspraak te ondermijnen door een nieuwe procedure aan te spannen. Het beoogde materiële effect van de nieuwe uitspraak is dan de onjuistheid van de eerdere uitspraak te constateren. De rechter blijkt soms genegen tenminste te onderzoeken of er bijzondere reden is een uitzondering te maken op de regel van geslotenheid.<sup>173</sup>

169 Zie de jurisprudentie besproken in de conclusie van AG De Vries Lentsch-Kostense, nr. 18, voor HR 4 juni 2004, NJ 2006, 323 m.nt. JH, en verder o.a. HR 26 november 2004, NJ 2006, 115 m.nt. C.E. du Perron, en in het kader van asbest HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 m.nt. HJS.

170 Zie ten aanzien van appeltermijnen HR 28 november 2003, NJ 2005, 465 m.nt. DA.  
171 HR 14 december 2001, NJ 2002, 45.

172 Bij de invoering van het nieuwe procesrecht is het rechtsmiddel request-civil afgeschaft. De afschaffing levert een voorbeeld op van inperking van een wettelijk numerus. Overigens kan de jurisprudentie erkenning van het zogenaamde correctie- of aanvullingsvonnis (zie o.a. HR 29 april 1994, NJ 1994, 497, HR 15 mei 1998, NJ 1999, 672, en de conclusie AG, § 2, in NJ 2000, 171) m.o. worden beschouwd als een buitenwettelijke uitbreiding van de numerus clausus van rechtsmiddelen. Vergelijkbare gesloten stelsels van rechtsmiddelen zijn ook in andere wetten aan te treffen. In het faillissementsrecht vormt het voor schuldeisers geldende interventiestelsel ex art. 67 en 178 Fw een gesloten systeem (zie annotator P. van Schilfgaarde in NJ 1989, 784). Zie verder bijvoorbeeld ten aanzien van het gesloten systeem van rechtsmiddelen in de landinrichtingswet het vonnis Rb. Leeuwarden 31 oktober 1985, NJ 1986, 819 HR 21 april 2006, NJ 2006, 271, r.o. 3.4.2, refereert aan het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht.

173 Zie bijv. Hof Leeuwarden 9 september 1998, NJ 1999, 336. Zie voor rechtspraak inzake doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden: I F. Dam, TCR 1994, p. 25-29, aangevuld door A.I.M. van Mierlo, Bodemverhuur- en andere constructies, BW-Krant Jaarboek 15 (1999), p. 98, noot 20. De reeks arresten van de Hoge Raad over de geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen is ingezet met HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, zie verder o.a. HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 558. De mogelijkheid van een vergelijkbare inbreuk op de geslotenheid van het strafrechtelijk

Daar waar een *numerus clausus* bestaat, komt deze in de praktijk kenmerkend onvermijdelijk van tijd tot tijd onder druk te staan.

Verwant aan de geslotenheid van het processuele stelsel van rechtsmiddelen is de *numerus clausus* van bevoegdheidsgronden van een rechter.<sup>174</sup> Deze laatste vorm van geslotenheid treft men zowel in nationale wettelijke regelingen als in verdragsregelingen. Steeds zijn de gronden waaraan een rechter zijn bevoegdheid kan ontleen, limitatief in de wettelijke regeling vastgelegd.<sup>175</sup> De wettelijke of verdragsrechtelijke attributie van bevoegdheid is bovendien dwingend.<sup>176</sup> In de continentale traditie zou geen ruimte bestaan voor de rechter om zich in een concreet geval op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval onbevoegd te verklaren ondanks een wettelijke bevoegdheidstoekenning.<sup>177</sup> In de traditie van de *common law* bestaat een dergelijke discretionaire bevoegdheid wel. Van Engelse zijde is bepleit deze zogenaamde *forum non conveniens*-toets ook te aanvaarden in het kader van het EEX, maar het Europees hof

---

stelsel van rechtsmiddelen in 'hoogst uitzonderlijke gevallen' is erkend in Pres. Rb. Rotterdam 10 december 1996, KG 1997, 73. Vgl. Hof Arnhem 21 maart 2000, NJ 2003, 335, r.o. 4.15 over de toelaatbaarheid van een beroep op art. 3:13 BW inzake misbruik van bevoegdheid bij de executie van verbeurde dwangsommen. Overigens oordeelde Rb. Den Bosch 30 november 2005, NJF 2006, 96, dat er geen gesloten systeem van incidentele vorderingen bestaat.

- 174 Het gesloten systeem van bevoegdheidsregels wordt als aspect van rechtszekerheid in het IPR genoemd door J.A. Pontier, *Feit en rechtsnorm: moeilijke gevallen van lokaliseren van de internationale onrechtmatige daad*. Hoge Raad 12 oktober en 7 december 2001, NIPR 2002/3, p. 274, noot 9.
- 175 Één van de bevoegdheidsgronden in het *commune* Nederlandse IPR is wel discretionair van aard, maar in positieve, aanvullende zin: op basis van art. 3 sub c Rv heeft de Nederlandse rechter in een verzoekschriftprocedure rechtsmacht indien de zaak anders dan op grond van de overige bevoegdheidsgronden voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is. Men spreekt wat deze bevoegdheidsregel betreft van de 'forum-conveniensbepaling'.
- 176 HR 6 februari 2004, NJ 2005, 403 m.nt. PV (Frans Maas), r.o. 3.2.2: "Binnen de grenzen van het materiele en formele toepassingsgebied van het EEX-Verdrag is de in dit verdrag vervatte bevoegdheidsregeling dwingend en uitputtend." Zie ook Pres. Rb Assen 10 juli 1992, KG 1992, 264. Zie ook annotator Vlas bij EHJ 17 november 1998, NJ 1999, 339 (Van Uden/Deco-Line).
- 177 Ten aanzien van verzoekschriftprocedures bepaalde het laatste lid van art. 429c Rv Oud sinds 1969: 'Aan de rechter komt geen rechtsmacht toe, indien het verzoek onvoldoende aanknopingspunt met de rechtssfeer van Nederland heeft.' Ook HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 696 m.nt. JCS (Heer Van Heeswijk) biedt enige grond voor de stelling dat het *commune* Nederlandse IPR een *forum non conveniens*-toets kende. Dit arrest over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op basis van art. 126 Rv Oud inzake een complexe internationale nalatenschap waartoe ook het kasteel te Heeswijk-Dinther behoorde, besluit met de overweging dat in bijzondere gevallen, waarin de vordering onvoldoende aanknopingspunt met de rechtssfeer van Nederland, aan de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt.

heeft dit pleidooi resoluut afgewezen.<sup>178</sup> Het dwingende karakter van de bevoegdheidstoedeling staat aan forum non conveniens-toetsing in de weg; de door een numerus clausus bewerkstelligde rechtszekerheid is in het geding.

#### 2.4.1.6 Fiscaal recht

Op het grensvlak van het burgerlijk procesrecht en het fiscale recht was vroeger sprake van een gesloten systeem: de mogelijkheden van de ontvanger om conservatoire en executoriale maatregelen te treffen, waren beperkt tot de specifieke, in de wet geregelde.<sup>179</sup> In de Invorderingswet 1990 is gekozen voor een "open" systeem: naast de bijzondere bevoegdheden die zijn neergelegd in de Invorderingswet heeft de ontvanger krachtens art. 3 lid 2 ook de bevoegdheden die een 'gewone' crediteur heeft op grond van enige wettelijke bepaling. Op de keper beschouwd is er nog steeds sprake van een numerus clausus: slechts de in de wet geregelde executiemaatregelen kunnen worden getroffen. Vetter en Wattel beogen kennelijk met het gebruik van de term "open" aan te geven dat de bijzondere materiële aspecten van de positie van de fiscus buiten beschouwing zijn gelaten; de wetgever heeft zonder onderscheid des persoons aangehaakt bij de algemene wettelijke regeling voor beslag en executie.<sup>180</sup> Hiermee illustreren zij een ander aspect dat een numerus clausus typeert: de wettelijke regeling van de verschillende gevalstypen of rechtsvormen is ingegeven door inhoudelijke keuzes van de wetgever ten aanzien van de materiële aspecten van die gevalstypen of rechtsvormen. Niet alleen is hun aantal beperkt, ook is hun inhoud dwingend vastgesteld, beide op basis van keuzes van de wetgever of van de rechtsvormer in bredere zin.

---

178 EHJ 1 maart 2005, C-281/02 (Owusu).

179 Zie J.J. Vetter en P.J. Wattel, *Hoofdzaken invordering*, 3<sup>e</sup> druk 1993, nr. 1101, en o.a. HR 28 mei 1993, NJ 1994, 435 m.nt. HJS in het kader van de bevoegdheid om te verrekenen, HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102, HR 30 januari 2004, NJ 2004, 197 m.ntn. J.W. Zwemmer en HR 14 juli 2006, RvdW 2006, 734. Zie ook HR 29 oktober 2004, NJ 2005, 90 m.nt. J.W. Zwemmer, waarin met een beroep op de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis juist is geoordeeld dat de ontvanger zich naast de bijzondere bepaling in art. 24 Iw inzake verrekening van een belasting vordering niet kan beroepen op de commune verrekeningsregeling in afd. 6.1.12 BW.

180 Vetter en Wattel, t.a.p.: "Betreurd mag worden dat een diepgaande discussie tussen regering en parlement bij de invoering van de Invorderingswet over de wenselijkheid van een bijzondere positie voor de fiscus als schuldeiser achterwege is gebleven. Ten onrechte is niet voor elke bijzondere bevoegdheid van de ontvanger stilgestaan bij de vraag of handhaving van deze bevoegdheid wenselijk is."

## 2.4.1.7 Arbeidsrecht

In het arbeidsrecht is ten aanzien van de arbeidsovereenkomst sprake van een gesloten stelsel van ontslaggronden. Het ontslagrecht maakt deel uit van de in veel opzichten uitgekristalliseerde regeling van het arbeidsrecht in titel 7.10 BW; de geslotenheid van het ontslagstelsel wordt beschouwd als een aspect van het leerstuk van samenloop en doorwerking van het algemene vermogensrecht in het arbeidsrecht.<sup>181</sup> In de meeste gevallen wordt het arbeidsrecht, in het bijzonder de ontslagregeling, geacht exclusief te zijn. Zo is bijvoorbeeld de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 en 248 lid 2 BW naar zijn aard onverenigbaar geoordeeld met het gesloten stelsel van ontslaggronden in het arbeidsrecht, in het bijzonder art. 7:681 BW.<sup>182</sup> Verder zijn ontbindende voorwaarden in arbeidsovereenkomsten in de meeste gevallen nietig verklaard wegens onverenigbaarheid met "het gesloten stelsel van regels met betrekking tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten".<sup>183</sup> Voor zover in de rechtspraak wel ruimte is geboden voor beperkte doorwerking van de regels van het algemene vermogensrecht ter aanvulling van de regeling

---

181 Zie J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, diss. UvA, 1999, § 1.4, p. 20 e.v.

182 Asser-Vranken \*\*, 1995, nr. 89, met verwijzing naar HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven); zie eveneens HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (conclusie punt 3.9). Naast de wettelijke ontslaggronden is evenmin ruimte voor de nietigheidsgronden van strijd met de openbare orde of goede zeden uit art. 3:40 BW blijkens HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Nedlloyd/Monteiro). Zie inzake meer processuele aspecten HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 21 m.nt. PAS.

183 Zie o.a. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Monte), r.o. 3.7: "Vooropgesteld moet worden dat de vraag of een in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde rechtsgeldig is, moet worden beoordeeld met inachtneming van de door de Hoge Raad aanvaarde uitgangspunten. De geldigheid van een dergelijke voorwaarde kan slechts bij uitzondering worden aanvaard. Aan het gesloten stelsel van regels met betrekking tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten komt daarbij grote betekenis toe en de vervulling van een ontbindende voorwaarde die redelijkerwijs niet met dit stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van de bedoelde regels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt.", met vermelding van eerdere jurisprudentie. Door annotator Heerma van Voss, sub 5, met verwijzing naar Themis 2001, p. 218-219, is kritiek uitgeoefend op de door de Hoge Raad gehanteerde terminologie van "een gesloten stelsel van regels", aangezien juist door het aanvaarden in incidentele gevallen van de mogelijkheid van ontbindende voorwaarden niet meer van een in dit opzicht gesloten stelsel kan worden gesproken. Hij stelt daarbij over het gesloten stelsel: "deze term wordt dikwijls als axioma gebruikt, zonder dat helder wordt gemaakt wat men er eigenlijk mee bedoelt."

in het arbeidsrecht, spreekt Van Slooten van "kieren in de muren van het gesloten stelsel".<sup>184</sup>

#### 2.4.1.8 Huurrecht

Enigszins vergelijkbaar met het gesloten stelsel van ontslaggronden is het gesloten stelsel van huuropzeggingsgronden. In de wet worden de gronden voor toewijzing van een vordering tot beëindiging van een huurovereenkomst van woon- c.q. bedrijfsruimte limitatief (en imperatief) opgesomd.<sup>185</sup> Bovendien kent het huurrecht termijnen, bijvoorbeeld voor voortzetting van de huurovereenkomst na overlijden van de huurder door een medebewoner.<sup>186</sup> Anders dan in het ontslagrecht is in de huurrechtelijke jurisprudentie wel een geval aan te wijzen waarin werd geoordeeld dat het beroep van de huurder op het ontbreken van een wettelijke opzeggingsgrond in strijd was met de redelijkheid en billijkheid.<sup>187</sup> In het dwingendrechtelijke huurbeschermingsregime is hiermee een bres geschoten.

#### 2.4.2 Conclusie ten aanzien van overige gesloten stelsels

Dit fragmentarische overzicht van gesloten stelsels in het recht<sup>188</sup> illustreert de spanningen die kunnen voortvloeien uit het denkmodel van een numerus clausus, maar zaait ook verwarring over de precieze betekenis

---

184 A.w., p. 27, met verwijzing naar M. Rood, TVVS 1998, p. 62, die liever sprak van 'deuken'.

185 Voorheen art. 7A:1623e en 1628 Oud BW, thans art. 7:274 BW.

186 Strikt is HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 m.nt. JBMV (Van Wageningen).

187 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322 (Wesselingh/Weisz).

188 Buiten beschouwing blijft bijvoorbeeld het gesloten systeem van collectieve verticale prijsbinding, waarover o.m. HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 (vaste boekenprijs). In het vennootschapsrecht is nog een gesloten systeem gelegen in art. 2:358 lid 2 BW, waarover o.m. de conclusie AG, punt 12, in NJ 1994, 300 (Bobel); geen gesloten stelsel wordt gevormd door de opsomming van aan ondernemingsraad toegekende bijzondere bevoegdheden in art. 26 WOR, waarover HR 17 maart 1993, NJ 1993, 366. Verder wordt ook het personen- en familierecht hier slechts vermeld: het gesloten systeem van regels betreffende verlies van nationaliteit in art. 14 RWN, waarover o.m. annotator H.U. Jessurun d'Oliveira in NJ 1997, 624, het gesloten systeem van echtscheidingsgronden voor 1 oktober 1971, en het gesloten systeem van voornamen op basis van het oude Napoleontische recht van vòòr 1970 (zie over het 'half-open' systeem van art. 1:4 lid 2 BW nader HR 4 februari 1971, NJ 1971, 227, in het bijzonder de toelichting op het cassatiemiddel). Zie ook het gesloten stelsel van nietigheidsgronden in het merkenrecht, dat aan de orde was in HR 17 februari 2006, NJ 2006, 155, en ten slotte HR 27 februari 2004, NJ 2004, 599: "De Wet politie-registers voorziet in een gesloten systeem van verstrekkingen, hetgeen inhoudt dat de politie geen gegevensverstrekkingen mag doen die niet uitdrukkelijk of bij of krachtens de wet zijn toegestaan."

van de numerus clausus van het goederenrecht. Sommige van de hier besproken stelsels zijn zonder veel aarzeling aan te merken als gesloten stelsels zoals in het goederenrecht, met name de numerus clausus van rechtspersonen. Andere stelsels heten weliswaar gesloten te zijn, maar het zijn voorbeelden van een numerus clausus van een ander kaliber, zoals bijvoorbeeld het gesloten stelsel van bronnen van verbintenissen en van gronden voor verlenging van verjaring van rechtsvorderingen, het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en het gesloten stelsel van ontslaggronden.

Het is moeilijk aan te geven waarin precies de numerus clausus van het goederen- of het rechtspersonenrecht zich onderscheidt van bijvoorbeeld het gesloten stelsel van verlengingsgronden van verjaring. Het onderscheidende criterium zou kunnen worden gezocht in de inhoudelijke verwantschap van de tot een numerus clausus behorende typen: de tot het gesloten stelsel van het goederenrecht behorende typen van goederenrechtelijke rechten hebben alle met elkaar een aantal karakteristieke eigenschappen gemeen en worden door dezelfde beginselen geregeerd. Met het criterium van inhoudelijke verwantschap komt men echter toch niet tot een goed onderscheid, aangezien juist ook in het voorbeeld van het gesloten stelsel van verlengingsgronden voor verjaring is geconstateerd dat ze alle zijn gebaseerd op de norm dat de verjaring niet loopt tegen de gerechtigde die zich menselijkerwijs in de onmogelijkheid bevindt om zijn recht uit te oefenen. Ook de gronden voor verlenging zijn dus tot eenzelfde materiële noemer te herleiden.

Er zit een verschil van andere orde tussen de verschillende gesloten stelsels. Waar het bij het gesloten stelsel van het goederenrecht vooral gaat om een lijst van typen van rechtsfiguren, is er in het ontslagrecht en het huurrecht sprake van een beperking van het aantal gronden. Ook bij de verlenging van verjaring betreft de numerus clausus gronden in plaats van typen.<sup>189</sup> De stelsels van gronden zijn eerder vergelijkbaar met de

---

189 Zie verder bijv. in het kader van het onteigeningsrecht het gesloten systeem van gronden voor schadevergoeding in art. 3 Onteigeningswet, waarover HR 6 juni 1973, NJ 1974, 140; in het kader van het procesrecht de limitatieve opsomming van wrakingsgronden in art. 30 Rv, waarover o.a. Dommering, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht, preadvies NJV 1983, p. 213-214; en in het kader van het kadaster de gronden voor bijhouding, waarover MvT bij art. 54 Kadasterwet (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet p. 213: "In het eerste lid, onder a-e, is vervolgens een opsomming gegeven van bescheiden, inlichtingen en waarnemingen waaruit die veranderingen aan de Rijksdienst moeten blijken wil zij tot bijhouding overgaan. Het bepaalde in het eerste en tweede lid levert in combinatie met de aanhef van het eerste lid voorkomende zinsnede 'onverminderd het bepaalde bij of krachtens deze of andere wet' een 'gesloten' systeem van bijhouding op, d.w.z. dat de Rijksdienst niet tot bijhouding kan en mag overgaan dan in de in

goederenrechtelijke numerus clausus van wijzen van rechtsverkrijging en -verlies, dan met de goederenrechtelijke *Typenzwang*. Daar staat tegenover dat het stelsel van rechtsmiddelen wel degelijk een numerus clausus van typen is. Het ook taalkundig enigszins twijfelachtige onderscheid tussen gronden en typen biedt derhalve evenmin een helder criterium.

Het onderscheid zou wel kunnen worden gezocht in de aard van de verschijnselen die in de numerus clausus bijeen zijn gebracht: in het goederenrecht gaat het steeds om rechten op goederen. In abstracte termen bestaat een recht op een goed uit drie elementen: het rechtssubject, het rechtsobject en de relatie tussen een rechtssubject en een object. Ten aanzien van al deze drie aspecten van een recht op een goed zijn varianten denkbaar. Het meest evident is dat het type recht kan verschillen, bijvoorbeeld een volledig of een beperkt recht. De varianten zitten echter ook in de wijzen waarop een rechtssubject gerechtigd is tot een of andere type recht op een goed; de vormen van mede-eigendom zijn dan eveneens aspecten van de variaties van rechten op een goed, die kunnen worden gekwalificeerd als varianten van het zijn van rechtssubject. Zo bezien is er een duidelijke verwantschap tussen de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten en de numerus clausus van rechtspersonen: in beide gevallen gaat het om wijzen van het hebben van een recht op een goed. Wel is er dan een wezenlijk verschil met bijvoorbeeld het gesloten stelsel van waardepapieren. Het juridische fenomeen van een waardepapier heeft niet te maken met het soort recht dat op een goed rust en evenmin met varianten van het rechtssubject; de essentie van waardepapier is dat het bestaan van het daarin belichaamde recht op een goed is ontkoppeld van de rechtsverhouding waaruit dat recht is ontstaan. Er zou dan niet in algemene zin worden gezegd kunnen worden dat de numerus clausus is beperkt tot het vermogensrecht, aangezien binnen het vermogensrecht het gesloten stelsel van waardepapieren is te onderscheiden van de gesloten stelsels van het goederenrecht en van het rechtspersonenrecht.<sup>190</sup>

Uit het overzicht van gesloten stelsels in deze paragraaf is af te leiden dat een numerus clausus een denkmodel voor de rechtsvormer is: het gaat steeds om een limitatieve opsomming van erkende rechtsfiguren of rechtsgronden. Het dwingendrechtelijke karakter van een dergelijke rege-

---

het eerste en tweede lid bedoelde gevallen en in de overige gevallen, genoemd in het bepaalde bij of krachtens deze of een andere wet."

190 Het rechtspersonenrecht maakt m.i. deel uit van het vermogensrecht, ondanks het feit dat alleen boek 3 en volgende van het Burgerlijk Wetboek onder de kop 'vermogensrecht' is gebracht.

ling, waarbij voor de partijautonomie alleen ruimte is voor zover de dwingendrechtelijke regeling die ruimte biedt, wordt vorm gegeven met het instrument van een gesloten stelsel.

Het is de vraag of het gelukkig is bij iedere limitatieve opsomming te spreken van een gesloten stelsel of *numerus clausus*. Deze etiketten worden daarmee gereduceerd tot een formeel gegeven zonder inhoudelijke overtuigingskracht. Daarom moet de term *numerus clausus*, evenals de term gesloten systeem, worden gereserveerd voor stelsels zoals het goederenrecht en het rechtspersonenrecht. Het gaat dan om stelsels van onderlinge verwante typen van rechtsfiguren, met coherente uitgangspunten en fundamentele beginselen waarvan het hele rechtsgebied doortrokken is.

## 2.5 Reikwijdte van de *numerus clausus* in het goederenrecht

Met de inventarisatie van de relevante wettelijke bepalingen in § 2.1, van de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis van het BW in § 2.2, van de rechtspraak in § 2.3 en van de verschijningsvormen van een *numerus clausus* in andere rechtsgebieden in § 2.4, is nog niet volledig antwoord gegeven op de centrale vraag in dit hoofdstuk, namelijk in hoeverre het Nederlandse goederenrecht een *numerus clausus* kent. Nog in onvoldoende scherpe bewoordingen is de vraag gesteld waarop de *numerus clausus* in het goederenrecht precies betrekking heeft: zakelijke rechten, beperkte rechten, of wellicht absolute rechten. Bovendien veronderstelt de vraag een heldere afbakening van het begrip goederenrecht.

In deze paragraaf wordt eerst nader het begrip goederenrecht in verband met de begrippen goederenrechtelijk recht en volledig recht geanalyseerd in het licht van de algemene bepalingen van boek 3. Vervolgens wordt getracht tot meer inzicht in sommige algemene wettelijke begripsbepalingen te komen door herformulering ervan. Daarna wordt in § 2.5.3 mede op basis van de begripsmatige analyse de reikwijdte van de *numerus clausus* in het goederenrecht nader beschouwd. Ten slotte wordt de reikwijdte nog gezien op het niveau van de rechtsobjecten.<sup>191</sup>

---

191 Zie over deze onderwerpen algemeen J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten - Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, diss. Leiden, 2003, m.n. § 2.1 (Systematiek van het vermogensrecht), en Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht - Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, diss. Groningen, 2006



## 2.5.1 Goederenrechtelijke begrippen

### 2.5.1.1 Goederen

De term 'goederenrecht' komt in het BW niet voor, en evenmin de termen 'absoluut recht' en 'goederenrechtelijk recht'. Daarentegen kent het BW wel de term 'zakelijk recht' via het opschrift 'Zakelijke rechten' van boek 5. Verder spelen de begrippen 'goed' en 'vermogensrecht' een grote rol op verschillende plaatsen in het BW; van deze begrippen geeft de wet zelfs definities in art. 3:1 respectievelijk art. 3:6 BW.

Het begrip 'goederen' wordt in art. 3:1 BW omschreven als alle zaken en alle vermogensrechten. Vermogensrechten worden in art. 3:6 BW gedefinieerd als rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat niet is beoogd hiermee een uitputtende definitie van vermogensrechten te geven; het artikel "stelt slechts vast dat de rechten die onder een of meer der hier aangeduide categorieën vallen, als vermogensrechten in de zin van het nieuwe wetboek, dus als goederen, worden aangemerkt".<sup>192</sup>

### 2.5.1.2 Onderscheidingen

Vermogensrechten plegen in de literatuur te worden onderscheiden in relatieve rechten en absolute rechten. Relatieve of persoonlijke rechten worden dan omschreven als rechten die de rechthebbende aanspraak verlenen jegens een of meer bepaalde personen; absolute rechten zijn rechten die de rechthebbende aanspraken verlenen tegenover eenieder.<sup>193</sup> Dit onderscheid, dat de wet niet kent, biedt geen criterium voor afbakening van het goederenrecht; ook relatieve rechten vormen een vermogensbestanddeel dat overgedragen kan worden aan anderen.<sup>194</sup> De rechtstoestand van

---

192 MvA II bij art. 3:6 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 91

193 H.J. Snyders, *Goederenrecht*, 2001, nr. 7, verder uitgewerkt in § 1.4, J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsoBJECTEN*, diss. Leiden, 2003, m.n. § 2.1.9. Zie ook Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nrs. 22-25, J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, 2000, p. 2, waar na het onderscheid absoluut-relatief ook het onderscheid zakelijk-persoonlijk wordt behandeld, Asser-Mijnssen 3-I, *Algemeen goederenrecht*, 14<sup>e</sup> druk 2001, nrs. 1, 7 en 20-24.

194 Zie vooral E.J.J. van der Heijden, *De samengestelde rechtsbetrekking*, WPNR 3065 (1928), ook in *Verspreide geschriften*, 2001, p. 93-98, J. Wiarda, *Overdracht of cessie van schuldvorderingen op naam*, diss., 1937, dezelfde, *Overdracht van toekomstige*

relatieve vermogensrechten en wijzigingen in die rechtstoestand vallen binnen de reikwijdte van het goederenrecht<sup>195</sup> In zoverre zijn ook relatieve rechten volledige goederenrechtelijke rechten, ook bij relatieve rechten zijn de belangen van derden zoals rechtsverkrijgers en beslagleggers in het geding Bovendien kennen ook relatieve rechten een absolute dimensie, aangezien derden geen inbreuk mogen maken op een relatief recht, bijvoorbeeld door zich valselyk als crediteur van een vorderingsrecht voor te doen<sup>196</sup> Absoluutheid refereert dus aan exclusiviteit, maar exclusiviteit speelt in meer of mindere mate een rol bij alle vermogensrechten<sup>197</sup>

De wet zelf biedt wel grond voor een ander type onderscheid ten aanzien van vermogensrechten dat tussen volledige rechten en beperkte rechten Dit onderscheid is één van de belangrijkste innovaties in het nieuwe BW Het beperkte recht wordt in art 3:8 BW omschreven als een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, dat met dat beperkte recht is bezwaard Rechten zijn dan ofwel volledig ('het meest omvat-

---

rechten, preadvies BCN 1940, J Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, rede KNAW1960, p 199-203, J L L Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp BW in verband met de beperkte conceptie van het begrip zakelijk recht, RM Themis 1961, p 85 en 90, S C J J Kortmann, De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen, AAe 22 (1973), p 426-436

195 Jac Hijma en M M Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht, 9<sup>e</sup> druk 2005, nr 103 sub 2b

196 Zie o a W Van Gerven, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel, 1969, nr 35, W J Slagter, De rechtsgrond voor schadevergoeding bij onrechtmatige daad, 1952, p 200-201 Vgl H C F Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3, 1986, p 4 Door het gebruik van de term eigendomsrecht van een vorderingsrecht verduidelijken wij nl dat een vorderingsrecht twee aspecten vertoont Primair houdt een vorderingsrecht in dat *ik van een ander* een prestatie kan vorderen Dit is het verbintenisrechtelijke aspect Door het benadrukken van het eigendomsaspect geven wij inzicht in het feit dat een vorderingsrecht naast dit relationele aspect, ook een ander relationeel aspect vertoont *Ik mag eisen*, dat *ieder ander* zich niet voordoet als ware hij *ik Ik mag dus eisen* dat op het vorderingsrecht geen inbreuk gemaakt wordt, ik mag eisen dat een derde de ander niet tot wanprestatie aanzet Mede daarom is het *wetenschappelijk* niet dwaas, neen zelfs een goede zaak de (absoluut-rechtelijke) aspecten van het vorderingsrecht in de gaten te houden Strijdig met de wet is dit niet De wetgever is *wetenschappelijk* even wijs en machtig als de wetenschapsbeoefenaar

197 Vgl W Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht, WPNR 6607 (2005), § 4, p 81, waar hij constateert dat in het geheel geen scherp onderscheid tussen absolute en relatieve rechten wordt gemaakt en dat er ruimte dient te zijn voor de mengvormen waaraan de praktijk behoefte heeft en waarbij verschillende graden van exclusiviteit bestaan In het vervolg zal ik dan ook vaak, liever dan van absolute rechten, spreken van exclusieve rechten, waarbij de mate van exclusiviteit door de aard van het recht wordt bepaald Soms onttrekt een recht zich geheel aan de tegenstelling absoluut/relatief en kan men spreken van een recht sui generis Zie eerder H F W D Fischer, Zakelijke en absolute rechten, NJB 1949 p 594-595

tend'), ofwel beperkt ('afgeleid uit een meeromvattend recht').<sup>198</sup> Het meest omvattende recht op een stoffelijke zaak heet ingevolge art. 5:1 lid 1 BW 'eigendom'.<sup>199</sup> Waar in het spraakgebruik ten aanzien van andere objecten dan stoffelijke zaken wordt gerept van eigendom, duidt die term steeds op het 'meest omvattende' of 'volledige' recht. Zowel zaken als de prestaties waarop relatieve rechten betrekking hebben, en voortbrengselen van de geest zijn object van ofwel een volledig vermogensrecht ofwel beperkte vermogensrechten. In deze optiek is het niet zuiver om beperkte rechten onder de noemer vermogensrechten gelijk te schakelen met relatieve rechten (vorderingsrechten) en rechten op voortbrengselen van de geest.<sup>200</sup> Het gaat immers om ongelijke grootheden.

### 2.5.1.3 Het begrip vermogensrecht

De kwalificatie in de doctrine van beperkte rechten als vermogensrechten doet de vraag rijzen wat de reikwijdte van het begrip 'vermogensrecht' is en meer in het bijzonder de vraag of het meest omvattende recht op een zaak, het eigendomsrecht, ook kan worden aangemerkt als een vermogensrecht. Op dit conceptuele punt blijkt zich tijdens het wetgevingsproces een aardbeving te hebben voorgedaan. Epicentrum is het al genoemde art. 3:1 BW, waarin zaken zijn nevensgeschikt aan vermogensrechten. Vanuit juridisch-systematisch oogpunt is deze omschrijving van het begrip 'goed' gebrekkig en tautologisch. In de wereld van het recht zijn niet de zaken zelf een goed in juridische zin, maar rechten op zaken.<sup>201</sup> Hierop wordt ook gewezen in de Toelichting van Meijers:

- 
- 198 H.J. Snijders, *Goederenrecht*, 3<sup>e</sup> druk 2001, nr. 53, geeft een eigenaardige uitleg aan het begrip 'volledig recht'; volgens Snijders kan men spreken van een volledig recht op een beperkt recht, hetgeen wil zeggen dat de rechthebbende volledig beschikingsbevoegd is en derhalve het beperkte recht kan vervreemden of bezwaren met een ander goederenrechtelijk recht. Deze uitleg van het begrippenpaar 'volledig en beperkt recht' is m.i. niet zinvol aangezien de systematiek van het goederenrecht er eerder door wordt vertroebeld dan verhelderd. Vgl. Van der Steur, diss., p. 34-35.
- 199 In het ontwerp van Meijers voor art. 5:1 BW werd het eigendomsrecht nog aangemerkt als het 'meest volledige' recht, maar deze termen zijn later vervangen door 'meest omvattend', juist om het verband met art. 3:8 BW te versterken, aldus MvA II bij art. 5:1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 26.
- 200 Een dergelijke opsomming is te vinden bij H.J. Snijders, a.w., nr. 50; A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. NBW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24, en *Compendium Vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, 6<sup>e</sup> druk 2005, nr. 15.
- 201 Het onderscheid tussen het fysieke begrip zaak en het intellectuele begrip van een eigendomsrecht op een zaak is in de literatuur reeds sinds lang benadrukt. Een aardig overzicht van citaten uit oudere Anglo-Amerikaanse literatuur is te vinden bij Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale LJ (1913), p. 16-59 op p. 21-24.

"Tegen de samenvoeging van zaken en vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen kan als bezwaar worden geopperd, dat dit ongelijkwaardige grootheden zijn zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten, met een vorderingsrecht, een auteursrecht enz staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn, men diende dus eigenlijk alleen vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen te erkennen"<sup>202</sup>

Toch is door de wetgever uitdrukkelijk voor het gebruik van de term 'zaak' gekozen omdat de term aansluit bij het alledaagse spraakgebruik; daarin wordt het eigendomsrecht op een zaak geïdentificeerd met die zaak.<sup>203</sup>

Op dit punt lijken de wegen van enerzijds Meijers en anderzijds de latere redacteurs van het BW uiteen te zijn gegaan. In de stukken van de hand van Meijers, of althans de stukken die min of meer direct aan zijn brein zijn ontsproten, worden alle rechten op zaken als vermogensrechten aangemerkt.<sup>204</sup> Van belang is verder nog de conceptuele benadering van Meijers ten aanzien van alle rechten die direct of indirect op een zaak betrekking hadden, in het bijzonder beperkte rechten op andere beperkte rechten op een zaak, zoals een hypotheekrecht op een recht van erfpacht. In zijn denken betrof ook een dergelijk recht de machtsverhouding ten aanzien van de zaak zelf, zoals nader uiteengezet zal worden in § 6.3.3.<sup>205</sup>

202 TM bij art 3 1, PG 3, p 63

203 TM bij art. 3 1, PG 3, p 63 E B Rank-Berenschot, Goederenrecht, 2001, nr 452, spreekt van het 'vereenzelvigingsprincipe'

204 Zie, naast de hiervoor geciteerde passage, ook de algemene inleiding van de Toelichting Meijers, PG Algemeen deel, p 133 Het vermogensrecht "wordt echter niet eenvoudig in zakenrecht en verbintenissenrecht gesplitst, maar in een algemeen aan het vermogensrecht gewijde deel, gevolgd door drie gedeelten, die de hoofdtypen der vermogensrechten, zoals zakelijke rechten, vorderingsrechten en rechten op voortbrengselen van de geest tot onderwerp hebben Als zakelijke rechten zijn hierbij in navolging van het Duitse Burgerlijk Wetboek uitsluitend rechten op stoffelijke voorwerpen aangemerkt ( ) Nadat aldus de regels, die voor het vermogen en de vermogensbestanddelen in het algemeen gelden, behandeld zijn, volgen de verschillende vermogensrechten, onderscheiden naar het voorwerp van het recht Voorop komen dan de rechten op zaken - zaken dan genomen in de zin van stoffelijke voorwerpen "

205 De bron voor de visie van Meijers is zijn bespreking van een artikel van J van Kuyk in Themis 1909/3, in WPNR 2104 (1910), p 205-206 Van Kuyk had de vraag opgeworpen of men ook eigendom van onlichamelijke zaken - lees rechten - moest erkennen Meijers keerde zich vervolgens tegen de zienswijze waarin men bij de vergelijking van bijvoorbeeld een vruchtgebruik op een object - waarmee Meijers kennelijk bedoelde een generieke term te gebruiken die zowel zaken als rechten omvatte - en een pandrecht op een vruchtgebruik op datzelfde object, een verschil in object aannam Volgens Meijers was het beter te denken in termen van 'een verschil in machtsverhouding ten aanzien van eenzelfde object Hieruit wordt afgeleid dat Meijers het concept van een beperkt recht dat een ander beperkt recht tot object heeft, verwierp, omdat die gestapelde beperkte rechten ieder betrekking hebben op

Hieruit zou dan volgen dat een beperkt recht op een ander beperkt recht ten aanzien van een zaak als een zakelijk recht kon worden aangemerkt. Deze gevolgtrekking maakt duidelijk waarom Meijers niet aarzelde om in een aantal sleutelbepalingen van zijn ontwerp de term 'zakelijke rechten' te gebruiken.<sup>206</sup>

In de fase van de Memorie van Antwoord lijkt de wetgever een andere koers te zijn ingeslagen en het begrip 'vermogensrecht' te hebben versmald. Dit vloeit vermoedelijk voort uit de vereenzelviging die al in het Ontwerp Meijers haar weerslag had gehad in art. 3:1 BW. Aan de *terminologische* vereenzelviging van een recht op een zaak met de zaak zelf werd kennelijk de *conceptuele* gevolgtrekking verbonden dat het recht op een zaak geen vermogensrecht is.<sup>207</sup> Deze fundamentele stap heeft haar weerslag gehad in talloze passages in de Memorie van Antwoord waarin de

---

dezelfde 'onderliggende' zaak of hetzelfde 'onderliggende' vorderingsrecht. Voor Meijers was de gevolgtrekking van belang dat de rechten van pand en vruchtgebruik het beste een algemene regeling konden krijgen, omdat deze typen "bijzondere machtsverhoudingen tusschen subject en object van een recht bij ieder vermogensrecht - hetzij zakelijk recht, vorderingsrecht of auteursrecht - mogelijk zijn." Meijers heeft hiermee reeds in 1910 beredeneerd waarom de rechten van pand en vruchtgebruik in het algemeen gedeelte van het vermogensrecht geregeld moesten worden. Ondertussen blijft van belang dat uit zijn redenering wordt afgeleid dat gestapelde beperkte rechten steeds verschillende machtsverhoudingen ten aanzien van hetzelfde object zijn. Zie ook W.M. Kleijn en M.M. Olthof, Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek, WPNR 5561 (1981), § III, en de uitvoerige beschrijving van De Jong, diss. 2006, § 20.

206 Het Ontwerp Meijers kende de term 'zakelijke rechten' niet alleen in het opschrift van boek 5 en in de wettelijke omschrijvingen van de rechten van erfpacht en opstal in art. 5:85 en 101 BW, maar ook in de ontwerp-bepalingen voor art. 3.83, 89 en 90. Zie PG 3, p. 314 resp. 374 en 381. De term is omschreven in Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 2, PG 5, p. 3: "Ook in het derde Boek geregelde rechten, zoals vruchtgebruik, pand en hypotheek, zijn zakelijke rechten, voor zover zij een stoffelijk voorwerp tot object hebben."

207 Aldus uitdrukkelijk o.a. A.S. Hartkamp, Compendium Vermogensrecht voor de rechtspraktijk, 6<sup>e</sup> druk 2005, nr. 35. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. NBW A-1, 1<sup>e</sup> druk 1982, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24, noemt in zijn opsomming van vermogensrechten - "vorderingsrechten, beperkte rechten, rechten op voortbrengselen van de geest, aandelen in een NV, enz." - noch zaken noch de daarmee geïdentificeerde eigendomsrechten; zo ook J.E. Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 3<sup>e</sup> druk 2005, p. 5; vgl. H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 50, eerste alinea, waar zaken naast vermogensrechten worden gesteld. Zie verder ook Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 5, waarin geen standpunt wordt ingenomen, anders dan in 13<sup>e</sup> druk 1996 ("Daarom wordt de eigendom soms - ons inziens - terecht niet als een vermogensrecht beschouwd."). Vgl. reeds de verklaring van G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, deel 3, 2<sup>e</sup> druk 1857, § 55a, p. 29, voor het feit dat het eigendomsrecht niet werd genoemd in de opsomming van onroerende rechten in art. 564 Oud BW.

term 'vermogensrecht' wordt gehanteerd.<sup>208</sup> De vereenzelviging betreft overigens alleen het eigendomsrecht, ook al is dit niet evident in de tekst van art. 3:1 BW. De beperkte rechten met betrekking tot een zaak worden in deze doctrinaire benadering wel aangemerkt als vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW.<sup>209</sup> Voor zover deze beperkte rechten rechtstreeks uit het eigendomsrecht zijn afgeleid, worden ze in de literatuur op grond van het vereenzelvigingsprincipe aangemerkt als zakelijke rechten.<sup>210</sup> Is een beperkt recht echter afgeleid uit een ander beperkt zakelijk recht, dan zou volgens sommigen geen sprake zijn van een zakelijk recht. Hierachter gaat een visie op de aard van een beperkt recht met betrekking tot een zaak schuil, die afwijkt van de leer van Meijers: in de alternatieve visie, die volgens Hartkamp aan de definitieve versie van het BW ten grondslag ligt, rust het hypotheekrecht op bijvoorbeeld een recht van erfpacht *niet* op de zaak zelf en kan het dus niet als zakelijk recht worden aangemerkt.<sup>211</sup> De term 'zakelijke rechten' is in deze benadering logischerwijs minder bruikbaar als alomvattende term voor alle rechten die direct of indirect betrekking hebben op een zaak. Hij is dan ook op de meeste

208 Zie bijv. een passage uit de MvA II bij art. 3:1 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 64 ("Goederen" is het genusbegrip voor alle vermogensbestanddelen, waarvan zaken en vermogensrechten de species vormen."). Daar wordt het begrip 'vermogensrecht' beperkt tot rechten op wat ten tijde van het oude BW als onlichamelijke zaken werd aangeduid; vgl. ook MvA II bij art. 3:6, PG 3, p. 91. Ten onrechte wordt in de MvA II bij art. 3:1 naar de TM verwezen voor deze reductie van het begrip vermogensrecht; waar in de TM bij afd. 3.1.1, PG 3, p. 61-62, over 'vermogensrecht' wordt gesproken, gaat het duidelijk om de rechtsverhoudingen "die bij alle vermogensbestanddelen kunnen voorkomen". De term 'vermogensbestanddeel' is in het kader van art. 3:1 BW gebruikt als synoniem voor de term 'goed' in TM bij afd. 3.1.1, PG 3, p. 61-62, en TM bij art. 3:1, PG 3, p. 63 ("de samenvoeging van zaak en recht onder één begrip, goed of vermogensbestanddeel, is gehandhaafd").

209 Hartkamp, Compendium, 6<sup>e</sup> druk 2005, nr. 40. In Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 5, wordt de classificatie van beperkte rechten als vermogensrechten verklaard vanuit het vereenzelvigingsprincipe; alleen het eigendomsrecht zou rechtstreeks rusten op de zaak en daarmee vereenzelvigd worden. Eigendom zou daarom geen vermogensrecht zijn, maar de beperkte rechten wel, aangezien deze op het eigendomsrecht rusten. Hieruit blijkt dat de conceptuele identificatie van het eigendomsrecht op een zaak met die zaak zelf niet volledig wordt doorgevoerd.

210 Zie Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nrs. 5 en 9; H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, 2001, nr. 35 en nr. 452: "Dit verklaart dat beperkte rechten die zijn afgeleid uit het eigendomsrecht en als zodanig dus eigenlijk op een recht rusten, toch zelf ook zakelijk zijn."

211 Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. NBW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24. Deze visie, evenals de hiervoor relevante bijzondere bepaling voor ondererfpacht in art. 5:93 lid 3 BW, komen nader aan de orde in het kader van de bespreking van de problematiek van gestapelde rechten in § 6.3.

plaatsen uit het ontwerp verdwenen.<sup>212</sup> Alleen in de wettelijke omschrijving van de rechten van erfpacht en opstal in art. 5:85 en 101 BW en - merkwaardigerwijs - in het opschrift van boek 5 BW is de term gehandhaafd.<sup>213</sup>

Naar mijn mening verdient het de voorkeur om vast te houden aan de oorspronkelijke conceptuele visie op het begrip 'vermogensrecht', waarin dit begrip niet alleen de beperkte zakelijke rechten omvat maar ook het volledige recht op een zaak.<sup>214</sup> De belangrijkste reden is dat hierdoor een helder begripsmatig stelsel wordt verkregen. Steun kan worden gevonden in de tekst van de wettelijke omschrijving van het begrip vermogensrecht in art. 3:6 BW; het eigendomsrecht voldoet bij uitstek aan de wettelijke kenmerken van een vermogensrecht, aangezien het overdraagbaar is en bovendien ertoe strekt om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen.<sup>215</sup> Bij het Gewijzigd Ontwerp had in art. 3:6 een technische ingreep kunnen worden gedaan door eigendom of het eigendomsrecht uit te zonderen van het begrip vermogensrecht, maar dit is niet gebeurd. Het valt moeilijk uit te leggen waarom het volledige recht op een zaak geen vermogensrecht zou zijn, maar het beperkte recht op een zaak wel. Bovendien noodzaakt de terminologische keuze de wetgever tot vereenzelving van het eigendomsrecht op een zaak met die zaak zelf, *niet* logischer-

212 In art. 3:89 BW en art. 3:90 BW kon de term 'zakelijke rechten' resp. 'beperkte zakelijke rechten' vervallen doordat in de schakelbepaling van art. 3:98 BW naast vestiging en afstand ook overdracht van beperkte rechten werd opgenomen. In art. 3:83 lid 1 BW is de ontwerpformulering 'alle zakelijke rechten en vorderingsrechten' vervangen door 'Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten'. Deze alternatieve formulering voor art. 3:83 lid 1 BW, die nu deel uitmaakt van de wettekst, heeft in conceptueel opzicht ook enige haken en ogen. Ten eerste is van de terminologische keuze voor art. 3:1 BW afgeweken door hier het eigendomsrecht op een zaak niet te vereenzelvigen met de zaak zelf. Ten tweede is gekozen voor de term 'eigendom' in plaats van 'het eigendomsrecht', volgens MvA II bij art. 3:83 BW (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 315, omdat de term 'eigendomsrechten' ongebruikelijk was. Ten derde is het onderscheid tussen het volledige recht op een zaak en de beperkte rechten geïntroduceerd, zodat de opsomming met vorderingsrechten uit ongelijksoortige grootheden is komen te bestaan.

213 Het opschrift van boek 5 is ook in een ander opzicht merkwaardig: gezien de opschriften van de andere boeken zou de term 'Zakenrecht' meer voor de hand liggen dan de term 'Zakelijke rechten'.

214 Anders: De Jong, diss. 2006, § 27, die voorstelt de term vermogensrechten te lezen als 'onstoffelijke voorwerpen van recht' of als 'onstoffelijke goederen'. In verband hiermee zou art. 3:1 BW moeten worden verstaan als: 'goederen zijn zaken en onstoffelijke voorwerpen van recht'. Het begrip vermogensrecht zou dan ook niet de beperkte rechten omvatten. Naar mijn mening is deze benadering moeilijk te verenigen met de begripsbepaling in art. 3:6 BW en met het opschrift van boek 3 BW.

215 Zo ook Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, Zakelijke rechten, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 5.

wijs tot de conceptuele gevolgtrekking dat geen sprake meer is van een vermogensrecht. Alle rechten op zaken, ook het eigendomsrecht, vormen derhalve speciales van het genus vermogensrecht.<sup>216</sup> Het begrip vermogensrecht is aldus identiek aan het wettelijke begrip goed.<sup>217</sup>

#### 2.5.1.4 Het begrip goederenrechtelijk recht

Hiermee is nog geen definitie gegeven van twee sleutelbegrippen in deze studie: het begrip goederenrecht en het begrip goederenrechtelijk recht. Het begrip goederenrecht kan worden gedefinieerd als het stelsel van regels voor de rechtstoestand van goederen en wijzigingen daarin.<sup>218</sup> Het gaat dan om de algemene bepalingen van het vermogensrecht, waartoe vooral de bepalingen van de titels 4, 5, 7 en 10 van boek 3 behoren.<sup>219</sup> In dit opzicht zijn alle vermogensrechten rechten in goederenrechtelijke zin.

Het is mogelijk om hieruit af te leiden dat alle vermogensrechten tevens goederenrechtelijke rechten zijn. De term goederenrechtelijk recht is een neologisme dat is gebaseerd op de term zakelijk recht onder het oude BW. Met de verwisseling van de term zaak en goed in het nieuwe BW is het begrip goederenrechtelijk recht voor het begrip zakelijk recht in de plaats gekomen. Voorheen zag het begrip zakelijk recht evenals het begrip

216 Zo ook: Pitlo/Reehuis, Goederenrecht, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 8; J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp B.W. in verband met de beperkte conceptie van het begrip "zakelijk recht", RM Themis 1961, p. 79-97, op p. 84; implicite J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken vermogensrecht, 7<sup>e</sup> druk 2003, p. 7-8 ('vermogensrechten in het faillissement').

217 Aldus ook Van der Steur, diss., o.a. p. 14 en 45; Th.C.J.A. van Engelen, Onverkoopbare vermogensrechten - Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd, 2003, § 1.5, p. 9. Zie voor andere aspecten van het begrip vermogensrecht in art. 3:6 BW nog § 7.3.6.

218 Vgl. H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 82, over de functie van goederenrechtelijke rechten in het maatschappelijk verkeer: "Goederenrechtelijke rechten scheppen duidelijkheid in de inhoud van rechtsposities met betrekking tot goederen zowel voor de personen die deze rechtsposities innemen als voor derden. Zij brengen tevens reliëf aan in de status van de verschillende rechtsposities (houderschap al of niet met beperkt recht, bezit, bewind en toebehoren) en bieden het rechtsverkeer instrumenten voor veranderingen in rechtsposities met betrekking tot specifieke goederen." Zie ook de weergave in nr. 74 van de 'rechtspositieleer' van H.J. Snijders. Vgl. Van der Steur, diss., p. 6 ("Het goederenrecht, als onderdeel van het vermogensrecht, geeft algemene regels over het toebehoren van rechten, over het 'beschikken' over rechten.") en p. 105 ("Goederenrecht in orderingsrecht, het regelt wie waarop rechten heeft en in welke mate."). Zie ook Th.F. de Jong, De Structuur van het Goederenrecht, diss. Groningen, 2006, nr. 178 ("het goederenrecht regelt de verhoudingen van toebehoren tussen personen en voorwerpen").

219 Vgl. MvA II Inv., Algemene opmerkingen boek 3 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1002: "Zo kan de term 'goederenrecht' zeer wel gebruikt worden ter aanduiding van de in afdeling 3.1.2 en de titels 3.4-3 10 geregelde materie, zulks ter onderscheiding van het zakenrecht in engere zin dat in Boek 5 is ondergebracht."



eigendom op alle goederen; thans alleen op zaken in de zin van art. 3:2 BW. Het begrip goederenrechtelijk recht komt in het BW niet voor.<sup>220</sup> De term kan worden gehanteerd wanneer het gaat om de goederenrechtelijke aspecten van enig type vermogensrecht. De terminologie kan verschillen al naar gelang de rechtsvraag die aan de orde is; zo is de schuldeiser van een verbintenis in een verbintenisrechtelijk kader ook aan te merken als rechthebbende van een vordering in een goederenrechtelijk kader.<sup>221</sup> Zo bezien zijn alle vermogensrechten in ruime zin, waaronder het eigendomsrecht en de intellectuele eigendomsrechten, tevens aan te merken als goederenrechtelijke rechten wanneer het gaat om algemene regels en leerstukken van goederenrecht.

### 2.5.1.5 Intellectuele eigendomsrechten

De bepaling van de begrippen vermogensrecht en goederenrechtelijk recht doet vervolgens de vraag rijzen wat de plaats is van rechten op voortbrengselen van de geest in het goederenrecht. Dergelijke rechten worden veelal aangeduid als industriële en intellectuele eigendomsrechten. Deze term is in zoverre onjuist dat het begrip eigendom in de wet

---

220 Sinds de wetgeving ter implementatie van de EU Banks Winding-up Directive (2001/24) in werking is getreden op 15 mei 2005 is de term 'goederenrechtelijk recht' wel in bijzondere wettelijke bepalingen te vinden. art. 80c Wtk (vanaf 1 januari 2007 art. 3:241 Wft) en art. 212u Fw bevatten IPR-verwijzingsregels, waarin de term wordt gebruikt. Het gaat hier duidelijk om een autonoom begrip dat op het niveau van het IPR de verwijzingscategorie bepaalt, aangezien het begrip door middel van een enumeratieve opsomming wordt omschreven in de leden 2. Zie verder art. 212p Fw, dat de term 'zakelijk zekerheidsrecht' introduceert, maar vermoedelijk abusievelijk: de bepaling betreft een mededeling van de curator van een kredietinstelling aan 'schuldeisers met een voorrecht of zakelijk zekerheidsrecht'; hoogstwaarschijnlijk gaat het niet alleen om zekerheden op zaken. In art. 3:179 lid 2 en 230 lid 2 Wft reppen de vergelijkbare bepalingen voor de noodregeling van 'goederenrechtelijk recht' in plaats van 'zakelijk zekerheidsrecht'. De term 'goederenrechtelijk zekerheidsrecht' zal vanaf 1 januari 2007 zijn te vinden in art. 3:174 lid 4 Wft.

221 Vgl. MvA II Inv., Algemene opmerkingen boek 3 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1001: "Zo wordt in het nieuwe wetboek de term 'eigendom' beperkt tot zaken maar de term 'toebehoren aan' niet. Wie nu door sommige schrijvers wordt aangeduid als 'eigenaar' van een vordering, wordt straks de rechthebbende op die vordering c.q. degene aan wie de vordering toebehoort, gesteld al dat men hem niet gewoon 'de schuldeiser' wil noemen, of als men hem wil onderscheiden van de beperkt gerechtigde, de hoofdgerechtigde." Vgl. Van der Steur, diss., p. 121 ("een vorderingsrecht is een verbintenis die zijn inhoudelijke regeling kent in het verbintenisrechtelijke deel van het BW, maar bovendien een vermogensbestanddeel, een goed, waarvoor algemene regels worden gegeven in het goederenrechtelijk deel van het BW."); Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 3<sup>e</sup> druk 2005, p. 22; De Jong, diss., o.a. nrs. 69-72, 151 en 194.

alleen voor het volledige recht op stoffelijke zaken wordt gebruikt.<sup>222</sup> De toevoeging 'intellectueel' of 'industriële' maakt daarentegen op acceptabele wijze duidelijk dat bedoeld wordt op het meest omvattende recht op iets anders dan een stoffelijke zaak, namelijk voortbrengselen van de geest. Daaruit volgt overigens ook dat er in de systematiek van de wet sprake kan zijn van beperkte rechten daarop. Ook intellectuele eigendomsrechten worden in het spraakgebruik geïdentificeerd met hun objecten; zo wordt een uitvinding verhypothekerd zoals een huis wordt verhypothekerd. In juridisch-conceptueel opzicht wordt het recht op die uitvinding - het octrooirecht - verhypothekerd zoals het eigendomsrecht op het huis.

Algemeen geaccepteerd is dat rechten op voortbrengselen van de geest vermogensrechten zijn.<sup>223</sup> Vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW zijn dus ofwel een recht op een zaak, ofwel een vorderingsrecht, ofwel rechten op voortbrengselen van de geest, ofwel eventueel ook rechten op andere objecten zoals lidmaatschapsrechten en wilsrechten. Al deze vermogensrechten zijn goederen in de zin van art. 3:1 BW.<sup>224</sup> De kwalificatie van rechten op voortbrengselen van de geest als vermogensrechten en derhalve als goederen faciliteert de inpassing van dergelijke rechten in het systeem van het vermogensrecht, zodat de algemene regels voor overdracht en bezwaring van toepassing kunnen zijn en de regeling eenvoudiger zou kunnen worden.<sup>225</sup>

In de beschreven benadering van het vermogensrecht vormt de rechtstoestand van elk subjectief vermogensrecht het onderwerp van het goederenrecht. Daarom kan ook voor rechten op voortbrengselen van de menselijke geest de term 'goederenrechtelijke rechten' worden gebruikt wan-

222 De verklaring hiervoor is het eigendomsbegrip van Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Band I, Zweytes Buch, p. 338: "Eigentum ist der Herrschaft über einen Teil der unfreien Natur." Intellectuele eigendomsrechten maken geen deel uit van de *unfreie Natur*, en zijn daarom oorspronkelijk buiten het algemene vermogensrecht geplaatst, zie W. Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, AcP 190 (1990), op p. 117.

223 Zie o.a. E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken*, diss. Nijmegen, 1991, p. 5 ("De intellectuele eigendomsrechten kan men aldus omschrijven als *absolute vermogensrechten op niet-materiele objecten*."), Snijders, *Goederenrecht*, 2001, nr. 50; Asser-Mijnsen 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nrs. 2 en 53; Hartkamp, *Mon. NBW*, p. 20 en 24; Hijma en Olthof, a.w., 9<sup>e</sup> druk 2005, nr. 16 in verband met het opschrift van het desbetreffende hoofdstuk; W. Snijders, *WPNR* 6607 (2005), p. 79.

224 Zie uitdrukkelijk TM bij afd. 3.1.1 PG 3, p. 62: "Goed en zaak verhouden zich niet als onlichamelijke zaak tot lichamelijke zaak, maar als soort en bijzonder geval. Ook de lichamelijke zaak is een goed. Daarnaast zijn dan vorderingsrechten, auteursrechten, octrooirechten, lidmaatschapsrechten enz. ook goederen.", met verwijzing naar Meijers, *WPNR* 2104 (1910), en Suyling V, no. 9-11.

225 Aldus Meijers, *PG Algemeen deel*, p. 127, sub d.

neer rechtsvragen omtrent de rechtstoestand van een goed aan de orde zijn <sup>226</sup> De inhoud van ieder type vermogensrecht wordt nader bepaald door het rechtsgebied waartoe dat type behoort. Bijvoorbeeld de inhoud van de zakelijke rechten worden nader bepaald in boek 5 BW en die van de intellectuele eigendomsrechten in bijzondere wetten en in de toekomst wellicht in boek 9 BW.

### 2.5.1.6 Het begrip toebehoren

Recente beschouwingen in de doctrine maken het nodig om dit overzicht van goederenrechtelijke begrippen af te sluiten met een analyse van de term 'toebehoren'. Deze term is gemunt door Hugo de Groot, die schreef:

"Toebehoren is waer door yet het onze werd genoemd, ende bestaat ( ) in beheering ende in inschuld" <sup>227</sup>

226 Anders Hijma en Olthof, a w , 9<sup>e</sup> druk 2005, nr 104 sub 1, terwijl in nr 16, met de kop 'onderscheidingen van vermogensrechten', rechten op voortbrengselen van de geest wel als (volledige) rechten worden gekarakteriseerd Ook anders H J Snijders, Goederenrecht, 2001, nr 6, waar wordt gesteld dat rechten op voortbrengselen van de menselijke geest geen goederenrechtelijke rechten zijn "aangezien deze rechten geen betrekking hebben op goederen" Zodra wordt erkend dat dergelijke rechten vermogensrechten zijn, vallen ze m i automatisch onder de wettelijke omschrijving van een 'goed' in art 3:1 BW Zo ook Van der Steur, diss , p 39 Evenzeer raadslachtig is de stelling van Snijders in de tweede zin van nr 28 dat voortbrengselen van de menselijke geest buiten de actieradius van de goederen vallen, aangezien het geen zaken en ook geen vermogensrechten zijn In de laatste zin van dezelfde alinea en tevens in nr 50 worden rechten op voortbrengselen van de menselijke geest wel onder de vermogensrechten geschaard Ook Hartkamp, Compendium, 2005, nr 40, lijkt in de terminologie verstrikt te zijn geraakt bij de bespreking van het onderscheid van vermogensrechten tussen absolute en relatieve rechten vermeldt hij als absolute rechten "rechten op goederen en rechten op voortbrengselen van de geest" Vervolgens omschrijft hij rechten op goederen als "het eigendomsrecht en de beperkte rechten, of ruimer alle rechten waaraan een zaak is onderworpen" In deel I van dezelfde paragraaf vermeldt hij echter sub a de vorderingsrechten als vermogensrechten Gezien art 3:1 BW vormt naar mijn mening ook een beperkt recht op een vorderingsrecht een recht op een goed

227 Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheit, uitgave 1631, Eerste Boeck, Eerste deel, in de nummering uit 1727 I 1 8 In voetnoten hierbij duidt De groot zelf beheering aan als *jus reale* en inschuld als *jus personale* Zie ook II 1 57-59, p 27-28 in de uitgave 1631 "57 Wy en spreken hier ( ) van Recht dat Toe-behooren werd genoemd, waer door ( ) iet werd gezeit het onze 't Welck wy verdeelt hebben in beheering ende inschuld 58 Beheering is 't recht van toe-behooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch 59 Inschuld is 't recht van toe-behooren dat den eenen mensch heeft op den anderen om van hem eenighe zake ofte daed te genieten " De Groot vermeldt in een noot bij 58 'L. Ius in rem', en bij 59 'L. Ius in persona sive creditum'

Toebehoren heeft hier de betekenis van het gerechtigd zijn tot zakelijke en persoonlijke rechten Omdat vorderingsrechten als vermogensbestanddeel werden gekarakteriseerd, ontstond in de eeuwen daarna een ruim eigendomsbegrip dat mede de eigendom van vorderingsrechten omvatte

De reeds uitvoerig besproken beperking van het eigendomsbegrip tot de eigendom van zaken in het BW van 1992 heeft ertoe geleid dat een behoefte ontstond aan een term voor het zijn van rechthebbende op andere rechtsoBJECTEN dan zaken Hiermee kwam de term toebehoren opnieuw in zwang <sup>228</sup> Het werkwoord toebehoren komt in verschillende wettelijke bepalingen voor <sup>229</sup>

In recente beschrijvingen is te vinden dat "de genusterm voor het meest volledige recht op goederen (dat wil zeggen op zaken of vermogensrechten) thans 'toebehoren' heet", waarbij ook sprake is van "het recht van toebehoren" <sup>230</sup> De indruk wordt gewekt dat er een recht van toebehoren van een volledig of een beperkt recht bestaat De Jong spreekt in dit kader van een derde begripsslaag, die hij overbodig acht <sup>231</sup>

228 Vgl. MvA II Inv., Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1001, geciteerd in § 2514

229 Zie o.a. art. 394 lid 2, 3166 lid 1, 3201, 3213, 3274 lid 4, 6150 sub a, 6157 lid 2, 6251 en 252 lid 1 BW. De betreffende artikelen zijn opgesomd in MvA II Inv., t.a.p. noot 1. Zie ook art. 381 lid 1 BW, waar het werkwoord toekomen aan in dezelfde betekenis voorkomt

230 H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 34, eerste respectievelijk laatste alinea

231 De Jong, diss. 2006, § 21, o.a. nr. 186, waarin hij de vraag of we zoiets als een algemene toebehoren-laag moeten erkennen en de vraag of sprake is van eigendom van de eigendom opwerpt en uiteindelijk negatief beantwoordt. De Jong, nr. 181 e.v., keert zich in scherpe bewoordingen tegen Van der Steur, diss., o.a. in nr. 185. De opvatting dat eigendom voorwerp is van een recht van toebehoren is bij Van der Steur de consequentie van haar standpunt dat vermogensrechten in de zin van art. 36 altijd het voorwerp zijn van een recht van toebehoren. Van der Steur maakt in § 222 weliswaar een analyse met drie begripsslagen, maar daarin staat de begripsslaag van het toebehoren gelijk aan het zijn van rechtssubject, ook rechthebbende genoemd. Hierbij is van belang dat De Jong ten onrechte aan Van der Steur toeschrijft dat sprake zou zijn van een recht van toebehoren, namelijk een *recht* in de eerste begripsslaag op de rechten op de tweede begripsslaag zoals eigendom en de beperkte rechten met betrekking tot de objecten op de derde begripsslaag, deze bewoordingen kiest zij nergens. De impliciete kwalificatie van de beschouwingen van Van der Steur als een uitwas van de *Begriffsjurisprudenz* in nr. 182, p. 165 is dus niet passend. Bovendien kiest De Jong zelf vergelijkbare bewoordingen o.a. in nr. 157 slot, waar hij rept van een goederenrechtelijk recht van toebehoren op het auteursrecht, en in nr. 205, waar hij refereert aan algemeen toebehoren. Ook E.D.C. Neppelenbroek, Dogmatisch purisme, NJB 2006/32, nr. 1395, p. 1840, geeft de benadering van Van der Steur niet adequaat weer door te stellen dat de verkoop en de levering van een ring volgens haar moet worden geformuleerd als de verkoop van het toebehoren van het eigendomsrecht op de ring, het eigendomsrecht is ook volgens Van der Steur een vorm van toebehoren waarbij toebehoren is te verstaan als het zijn van rechthebbende

In de voorgaande paragrafen is beschreven dat alle vermogensrechten, inclusief het eigendomsrecht, varianten zijn van het gerechtigd zijn tot een rechtsobject. Het gerechtigd zijn kan toebehoren worden genoemd.<sup>232</sup> Het toebehoren is dan gelijk aan het zijn van rechtssubject. Daarom verdient het naar mijn mening de voorkeur de goederenrechtelijke rechten op een andere manier te beschrijven: een goederenrechtelijk recht is de vermogensrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een rechtsobject. De vermogensrechtelijke relatie is dan ofwel een volledig recht ofwel een van de beperkte rechten.

In de benadering waarin 'toebehoren' een grote rol speelt, wordt soms onderscheid gemaakt tussen, in het kader van het eigendomsrecht, de bevoegdheden *tot* het eigendomsrecht en de bevoegdheden *uit* het eigendomsrecht.<sup>233</sup> Bij de eerste categorie wordt dan vooral gedacht aan de bevoegdheid van een rechtssubject om te beschikken over zijn recht. De verleiding is dan groot om de beschikkingsbevoegdheid te koppelen aan het rechthebbende zijn, lees: het toebehoren, en vervolgens dat toebehoren te interpreteren als een het recht van het rechtssubject tot het eigendomsrecht.

Het onderscheid tussen verschillende typen bevoegdheden op grond van een goederenrechtelijke recht kan in sommige kaders nuttig zijn.<sup>234</sup> Het dwingt echter niet tot uitwerking van het begrip toebehoren. Ook de beweerdelijk algemene bevoegdheid tot beschikken is niet meer dan een bevoegdheid van het rechtssubject op grond van een subjectief vermogensrecht. Bovendien is ook de reikwijdte van de bevoegdheid tot beschikken mede afhankelijk van de aard van dat vermogensrecht, gaat het om een zekerheidsrecht of een recht van erfdienstbaarheid, dan is de bevoegdheid tot beschikken immers ten gevolge van de accessoriteit van deze goederenrechtelijke rechten beperkt tot het doen van afstand. Elke bevoegdheid op grond van een subjectief vermogensrecht, inclusief de bevoegdheid om over dat recht te beschikken, wordt dus gekwalificeerd door de aard van dat vermogensrecht.

In de benadering waarin ieder goederenrechtelijk recht wordt gezien als de rechtsrelatie tussen een subject en een object is geen rol weggelegd voor een extra begripsslaag waarmee aan het rechtssubject een recht op dit vermogensrecht wordt toegeschreven. Het begrip 'toebehoren' heeft wei-

---

232 Aldus zijn kennelijk ook de schema's bij Van der Steur, diss., 2003, hoofdstuk 2, te verstaan, zoals ook uitdrukkelijk blijkt uit § 2.1.2. Dit toebehoren geeft weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht, letterlijk hebbende van het recht.

233 Zie met name Van der Steur, diss., o.a. p. 19, 55 en 59.

234 Zie nog § 7.8.6.

nig meerwaarde. Het als rechtssubject in de vorm van een van de vermogensrechten gerechtigd zijn tot een rechtsobject vormt een adequatere beschrijving. Gezien de ruime omschrijving die in § 2.5.1.4 aan de term goederenrechtelijk recht is gegeven, kan het beeld van het goederenrechtelijke recht als een rechtsrelatie tussen een subject en een object, wanneer het nuttig is om het accent te leggen op de goederenrechtelijke aspecten van een vorderingsrecht, ook worden gebruikt voor de gerechtigde tot een door de schuldenaar van een verbintenis te leveren prestatie.<sup>235</sup> Deze prestatie vormt dan het rechtsobject van het vermogensrecht.<sup>236</sup>

## 2.5.2 Proeve van herformulering

De algemene begrippen van het vermogensrecht zijn neergelegd in afdeling 3.1.1 BW. Uit het voorgaande blijkt dat de structuur achter de bepalingen in de artikelen 1, 2, 6 en 8 van boek 3 BW sinds de heroriëntatie in het Gewijzigd Ontwerp niet helder is. Ter verduidelijking van de begrippen van het vermogensrecht is het nuttig om te trachten de algemene bepalingen anders te verwoorden dan nu in de wet is gedaan. Deze alternatieve tekst is een pleidooi voor wetswijziging. De alternatieve formulering pretendeert het systeem van het nu geldende recht te beschrijven; niet is beoogd geheel nieuwe elementen aan het vermogensrechtelijk systeem toe te voegen.

Voor een goed begrip van de bepalingen in de artikelen 1, 2, 6 en 8 van boek 3 BW zouden ze aldus kunnen worden gelezen<sup>237</sup>:

- Art I            Vermogensrechten zijn rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel
- Art II lid 1    Vermogensrechten zijn hetzij volledig, hetzij beperkt  
 lid 2          Een beperkt recht is een vermogensrecht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, dat met het beperkte recht is bezwaard
- Art III          Goederen zijn zaken en de overige vermogensrechten

<sup>235</sup> Kennelijk anders Snijders, a w , nr 34, die onderscheid maakt tussen enerzijds de termen toebehoren en rechthebbende en anderzijds de termen toekomen en gerechtigde, deze laatste set zou ruimer zijn, aangezien hieronder ook de crediteur van een verbintenis zou vallen

<sup>236</sup> Anders. Van der Steur, diss , p 26 en 27

<sup>237</sup> De huidige artikelen 7, 10, 3, 4, 9 en voor zover nog nuttig art 5 van boek 3 BW vormen in deze volgorde een logisch vervolg erop

- Art. IV lid 1 Zaken zijn de voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.  
lid 2 Vermogensrechten op zaken zijn zakelijke rechten. Het volledige vermogensrecht op een zaak is het eigendomsrecht.
- Art. V Volledige vermogensrechten op voortbrengselen van de geest zijn intellectuele eigendomsrechten.

De beschrijving van het begrip vermogensrecht in art. I komt overeen met de tekst van art. 3:6 BW. De volgorde van de woorden is echter aangepast, zodat het te omschrijven begrip als eerste woord in de zin wordt vermeld, conform de redactie van de meeste andere algemene bepalingen in titel 3.1 BW. De omschrijving is voorop geplaatst aangezien het begrip vermogensrecht de spil vormt van boek 3. Bovendien wordt daarmee direct aansluiting gevonden bij het 'geobjectiveerde' opschrift van boek 3: 'Vermogensrecht in het algemeen'.

In art. II lid 1 wordt het begrip vermogensrecht nader vorm gegeven met het onderscheid tussen volledige en beperkte rechten, omdat dit onderscheid één van de fundamenteën van het nieuwe goederenrecht vormt. In lid 2 wordt het begrip beperkt recht omschreven; de tekst volgt die van art. 3:8 BW.<sup>238</sup> Wel is uitdrukkelijker aansluiting gezocht bij de voorgaande bepaling door gebruikmaking van de term vermogensrecht.

In art. III keert art. 3:1 BW terug. De keuze van de wetgever om het gangbare spraakgebruik te respecteren, wordt gestand gedaan; nog steeds worden rechten op zaken geïdentificeerd met die zaken, ook al kan men zich afvragen of het verstandig is om de terminologische vereenzelviging in de tekst van de wet te handhaven. Wel wordt duidelijker gemaakt dat ook een recht op een zaak een vermogensrecht is. Art. III rangschikt zaken daarom uitdrukkelijk naast de *overige* vermogensrechten.<sup>239</sup> Gezien de ruime uitleg van het begrip vermogensrecht is overigens goed denkbaar dat het concept van een 'goed' overal in de wet wordt vervangen door 'vermogensrecht'. Een alternatieve benadering zou nog kunnen zijn het begrip goed te betrekken op de rechtsobjecten; volgens De Jong zou art. 3:1 BW beter kunnen worden verstaan op de laag van de voorwerpen van recht, lichamelijk of onlichamelijk, zodat het artikel gaat luiden: 'goederen zijn zaken en onstoffelijke voorwerpen van recht'.<sup>240</sup>

---

238 Op deze wettelijke formulering is kritiek mogelijk. Zie § 6.3 over het stapelingsverbod.

239 Vgl. Van der Steur, diss., p. 45, 300, en stelling 1. "Artikel 3:1 BW zou als volgt moeten luiden. goederen zijn eigendomsrechten en andere vermogensrechten."

240 De Jong, diss. 2006, nr. 202.

In art. IV wordt de wettelijke omschrijving van een zaak uit art. 3:2 BW overgenomen.<sup>241</sup> Heel gelukkig is dit niet, want in het voorgaande artikel wordt de term zaak in een andere betekenis gebruikt, namelijk die van recht op een zaak.<sup>242</sup> Aan de tekst van art. 3:2 BW wordt in lid 2 een zin toegevoegd waarin wordt omschreven wat zakelijke rechten zijn. Dat is van belang, niet slechts om duidelijk te maken dat het eveneens om vermogensrechten gaat, maar ook om het opschrift van boek 5 te verklaren ('Zakelijke rechten'). De tweede zin van lid 2 van art. IV preludeert op art. 5:1 BW, waarin het eigendomsrecht nader wordt omschreven. Het belang ervan is erin gelegen dat het begrip 'volledig vermogensrecht' in de wet wordt gekoppeld aan het wettelijke begrip eigendom.

De bepaling in art. V is niet terug te vinden in de tekst van de boeken 3 en 5 BW. Het belang ervan is dat het de rechten op voortbrengselen van de menselijke geest uitdrukkelijk een plaats geeft in het vermogensrechtelijk systeem, als een species van het genus vermogensrecht. Indien men de algemene bepalingen van het vermogensrecht aldus begrijpt, ligt nadere regeling van de rechten op voortbrengselen van de geest voor de hand. Daartoe is immers ruimte gereserveerd in een boek 9, maar een nadere vermogensrechtelijke regeling in een bijzondere wet komt op hetzelfde neer. De bepaling in art. V sluit goed aan bij het systeem van het geldende vermogensrecht, waarin dergelijke rechten als vermogensrechten worden gekwalificeerd. Het onderscheid tussen volledige en beperkte rechten, dat ten grondslag ligt aan art. 3:8 BW, kan worden doorgetrokken naar de rechten op voortbrengselen van de geest. Art. V schept ruimte voor toepassing van de vermogensrechtelijke figuur van het beperkte recht op voortbrengselen van de geest. Meijers is daarvan in zijn wetgevende geschriften steeds uitgegaan.<sup>243</sup> De bepaling van art. V brengt derhalve niets

241 In het oorspronkelijke Ontwerp van Meijers was het huidige art. 3:2 de eerste bepaling van boek 3. Erop volgden de andere begripsbepalingen betreffende zaken, namelijk de huidige artikelen 3 en 4, en een later geschrapte begripsbepaling over hulpzaken. Het huidige art. 3:1 is pas later, in het Gewijzigd Ontwerp boek 3 (d.d. 18 maart 1971), voorop geplaatst omdat dat uit systematisch oogpunt juister werd geacht, zie MvA II bij art. 3.1, PG 3, p. 64.

242 Dit nadeel wordt vermeden in de eerder genoemde alternatieve benadering van De Jong met betrekking tot art. 3:1 BW.

243 Zie Algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p. 127: "Ook de regeling van deze rechten zou er slechts bij gewonnen hebben, wanneer men deze meer in verband met de algemene voorschriften van burgerlijk recht had gebracht - men denke hier b.v. aan de overdracht en de bezwaring van deze rechten - terwijl ook de redactie der artikelen allicht een weinig eenvoudiger zou zijn geworden.", en verder TM bij art. 3:8, PG 3, p. 93: "De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten, die, hetzij bij ieder overdraagbaar vermogensrecht kunnen voorkomen - vruchtgebruik en pandrecht -, hetzij alleen bij rechten op bijzondere voorwerpen, erfdiensbaarheid, erfpacht en grondrechten op onroerende goederen,



nieuws; het vat in woorden wat in het systeem van het vermogensrecht verscholen zit.

### 2.5.3 Een numerus clausus van absolute rechten

Met de precisering van de kernbegrippen is duidelijker geworden wat de reikwijdte is van het goederenrecht, maar nog niet wat de reikwijdte is van de numerus clausus in het goederenrecht. De reikwijdte van de numerus clausus is na de inwerkingtreding van het BW een heet hangijzer geworden in de Nederlandse doctrine. Het wettelijk kader voor het verschil van inzicht is het in § 2.1 genoemde art. 3:83 BW, dat de overdraagbaarheid van goederen betreft. Steen des aanstoots is lid 3. Daarin wordt ten aanzien van 'andere rechten' dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten bepaald dat die andere rechten alleen overdraagbaar zijn voor zover de wet in een regeling voorziet. Met de categorie 'andere rechten' wordt in ieder geval bedoeld op intellectuele eigendomsrechten, aandelen in vennootschappen en rechten zoals vergunningen en productiequota.<sup>244</sup>

Strikt genomen reguleert de wettelijke bepaling alleen de overdraagbaarheid. De bepaling wordt echter in verband gebracht met de algemenere vraag of nieuwe typen 'andere rechten' kunnen worden gecreëerd en erkend buiten de wet om. Zodra de tegenwerpelijke van 'nieuwe rechten' aan derden maatschappelijk relevant wordt, rijst de vraag of het wettelijk stelsel toelaat dat nieuwe typen rechten met derdenwerking ontstaan zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke regeling in de wet bestaat. In 2002 is door de Commissie Auteursrecht het standpunt ingenomen dat het onwenselijk is als op het terrein van de intellectuele eigendom allerlei nieuwe vermogensrechten worden erkend, die niet op de wet berusten. Volgens deze commissie vloeit uit het bestaande gesloten systeem van in wetten geregelde intellectuele eigendomsrechten voort dat aan de invoering van nieuwe absolute rechten "een uitvoerige afweging van de betrok-

---

vertaal- en reproductierechten bij auteursrechten, een licentie bij het octrooirecht, enz." Zie ook zijn *Algemene Begrippen*, 1947, p. 285 en 315. Blijkens TM bij art. 3.1.1 10, PG 3, p. 96 was het oorspronkelijk de bedoeling om voor overdracht van octrooien en rechten op modellen inschrijving in een openbaar register voor te schrijven, zodat deze rechten registergoederen zouden worden. Dit voornemen is nooit uitgevoerd, zoals uitdrukkelijk is vermeld in MvA I Inv., *Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6* (d d 28 oktober 1988), PG Inv 3, p. 1007.

- 244 Indien en voor zover het recht op effecten in de vorm van een aandeel in een verzameldepot in de zin van de Wet giraal effectenverkeer een recht sui generis vormt, en niet een aandeel in een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW, is eveneens sprake van een 'ander recht' in de zin van art. 3:83 lid 3 BW, waarvan de overdraagbaarheid is geregeld in art. 16 Wge

ken belangen door de wetgever" ten grondslag moet liggen.<sup>245</sup> Ook Verstappen wijst op het gesloten stelsel:

"Het goederenrecht gaat uit van een gesloten stelsel van 'zakelijke', absolute rechten. Dogmatisch beschouwd verdraagt een dergelijk stelsel niet dat het mogelijk is om nieuwe vermogensrechten te creëren en daarvan de wijze van overdracht buiten de wetgever om te regelen. In de lijn van deze redenering ligt dan ook, dat buiten de wetgever om geen 'andere rechten' als bedoeld in art. 3:83 lid 3 in het leven geroepen kunnen worden."<sup>246</sup>

Rechten met derdenwerking zijn absolute rechten en daarvoor is een wettelijke grondslag vereist, zo wordt krachtig gesteld door Van der Steur in haar dissertatie uit 2003:

"Numerus clausus houdt in dat absolute rechten limitatief in de wet zijn geregeld en een vaste omschrijving in de wet kennen. Naar de heersende leer kunnen geen absolute rechten buiten de wet ontstaan."<sup>247</sup>

Dit standpunt is prangend in het licht van de stormachtige technologische ontwikkelingen, die bijvoorbeeld de internet domeinnaam hebben doen ontstaan. In het maatschappelijk verkeer is de behoefte ontstaan aan erkenning in rechte van de aanspraak op een domeinnaam, zowel om de juridische afdwingbaarheid jegens derden te waarborgen alsook om de vatbaarheid en de wijze van overdracht, verpanding en beslaglegging te regelen. In feite ontstaat een nieuwe type vermogensrecht, dat zich moeilijk laat plaatsen in de andere categorieën. Een numerus clausus van absolute rechten beperkt echter de mogelijkheden om bijvoorbeeld de aanspraak op een domeinnaam te erkennen als nieuw type 'ander recht' in de

245 De Commissie Auteursrecht is een adviescollege van het Ministerie van justitie, ingesteld bij Besluit van 8 juli 2000, Stb. 309. Haar advies over verhandelbaarheid van vermogensrechten is gepubliceerd in AMI 2002/2, p. 42; zie p. 45.

246 L.C.A. Verstappen, Overdracht onder algemene titel, in: Onderneming en overdracht onder algemene titel, preadvies Vereeniging 'Handelsrecht', 2002, p. 41-171 op p. 128.

247 J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten - Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, diss. Leiden, 2003, p. 39, 64 en 124; zie ook stelling 4: "Het wettelijk stelsel is limitatief qua absolute vermogensrechten. Als het maatschappelijk wenselijk blijkt te zijn een nieuw absoluut recht te creëren, kan dit alleen geschieden door de wetgever." Vgl. § 4.1.3, p. 241: "Handhaving van het *numerus clausus*-beginsel betekent dat er bepaalde objecten zijn die niet als rechtsobject van een intellectueel eigendomsrecht zijn te kwalificeren en derhalve geen bescherming van een absoluut recht kennen. Deze 'ruimte' van niet als rechtsobjecten te kwalificeren objecten wordt ook wel het publiek domein genoemd."

zin van art. 3:83 lid 3 BW, hetgeen neerkomt op een nieuw type goederenrechtelijk recht.

Tegen deze benadering is W. Snijders in het geweer gekomen.<sup>248</sup> Ter gelegenheid van de 10e verjaardag van het BW schrijft hij:

"In het vermogensrecht is geen bepaling te vinden, noch is enige opmerking in de parlementaire geschiedenis aan te wijzen, die het gesloten stelsel van het goederenrecht op iets anders betreft dan op eigendom en beperkte rechten. Bij 'eigendom' moet men hier denken aan de eigendom als zakelijk recht, bedoeld in art. 5:1 BW. Niettemin treft men in de literatuur de mening aan dat een gesloten stelsel van 'absolute' rechten zou bestaan, waarbij men het oog heeft op alle subjectieve rechten die in die zin absoluut zijn dat zij tegen derden kunnen worden ingeroepen. Daarbij denkt men vooral aan intellectuele eigendomsrechten, die immers niet onder het eigendomsbegrip van het BW vallen. Dat stelsel zou dan meebrengen dat deze absolute rechten uitsluitend kunnen bestaan, wanneer voor het recht in kwestie een wettelijke grondslag bestaat. Men pleegt daarbij uit te gaan van een scherp onderscheid tussen absolute en relatieve rechten, die men gelijk pleegt te stellen met vorderingen en die bij enkele overeenkomst in het leven kunnen worden geroepen. Noch de gedachte dat ook een gesloten stelsel van absolute rechten zou bestaan, noch die dat een scherp onderscheid te maken valt tussen absolute en relatieve rechten, is in het nieuwe vermogensrecht neergelegd. Dat het stelsel van vermogensrechten in dit opzicht open is gelaten, verklaart ook de nogal abstracte omschrijving van art. 3:6 BW."<sup>249</sup>

248 W. Snijders, De openheid van het vermogensrecht - Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 27-58 (hierna: Snijders 2002) en vervolgens dezelfde, *Ongebregheligheden in het vermogensrecht*, WPNR 6607 en 6608 (2005), p. 79-85 en 94-102 (hierna: Snijders 2005). Zie in dezelfde zin ook Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten - Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd*, 2003, vooral § 1.8.1, waar overigens abusievelijk aan de Commissie Auteursrecht wordt toegeschreven dat sprake zou zijn van 'een gesloten systeem van vermogensrechten'; de Commissie rept van een - door Van Engelen in alle toonaarden verfoeid - 'gesloten systeem van intellectuele eigendomsrechten'.

249 Snijders 2002, § 6 (Het open stelsel van art. 3:6 BW (vermogensrechten)), p. 36; zie ook § 2, p. 28: "In het nieuwe vermogensrecht is geen wetsbepaling te vinden, noch is een uiting in de parlementaire geschiedenis aan te wijzen, die dit gesloten stelsel op iets anders betreft dan eigendom en beperkte rechten in de zin van de Boeken 3 en 5 BW." Snijders herhaalt zijn stellingen in 2005, § 3 en 4, zich daarbij expliciet kerende tegen de passages in de dissertatie van Van der Steur en tegen een bijdrage van F.W. Grosheide, *Eigendom in de informatiemaatschappij*, in: *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, 2003, p. 93-117. Vgl. ook Grosheide, *Het conceptwetsvoorstel verhandelbaarheid van vermogensrechten bezien in het licht van faillissement en beslag*, TvI 2002/special, p. 256 ("Voor het rechtsgebied van de intellectuele eigendom geldt dat waar het betreft de toekenning van nieuwe rechten sprake is van wat een beperkt open (dan wel beperkt gesloten) stelsel kan worden genoemd. Dat wil zeggen: intellectuele eigendomsrechten zijn in beginsel slechts bestaanbaar als creatie van de wetgever:"). Zie verder ook C.C. van Dam en A.J. Verheij (red.), *Privaatrecht als opdracht*, 6<sup>e</sup> druk 2001, § 7.2 en 7.13; Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 21; Sijf van Erp, *A numerus quasi-clausus of property rights as a*

De reikwijdte van de *numerus clausus* in het goederenrecht is derhalve volgens Snijders beperkt tot het eigendomsrecht en de beperkte rechten in de zin van boek 3 en boek 5 BW. Andere typen vermogensrechten met derdenwerking - in de terminologie van Snijders niet genoemd 'absolute rechten' maar rechten met meer of minder 'exclusiviteit' - vallen buiten het gesloten stelsel van het goederenrecht. Volgens Snijders is het vermogensrecht buiten de *numerus clausus* van beperkte rechten 'open' en bestaat ruimte voor de erkenning van nieuwe typen exclusieve rechten.

Snijders onderbouwt zijn standpunt ten aanzien van de reikwijdte van de *numerus clausus* onder meer met een beroep op de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis ervan. Wat de tekst van de wet betreft is in § 2.1 geconstateerd dat het gesloten stelsel meer omvat dan de typen van goederenrechtelijke rechten, inclusief de gronden van voorrang en de typen van uiterste wilsbeschikkingen; ook de wijzen van verkrijging en verlies van goederen en de wijzen van tenietgaan van beperkte rechten, evenals de overdraagbaarheid van eigendom en beperkte rechten, maken deel uit van het gesloten systeem van het goederenrecht. Verder is duidelijk dat de term 'beperkt recht' meer omvat dan alleen de beperkte rechten die op zaken rusten, zo blijkt onder andere uit de Toelichting Meijers:

"Wel definieert het ontwerp het begrip 'beperkte rechten' (artikel [3 8]), waardoor het ook een zekere omschrijving geeft van de zogenaamde beperkte zakelijke rechten, die immers tot het genus beperkte rechten behoren. 3. In de continentale rechtsstelsels vormt het Zakenrecht - anders dan het contractenrecht. artikel 1374 lid 1 B W. - een gesloten systeem. Dat ook het ontwerp hiervan uitgaat, blijkt uit artikel [3.81], bepalende dat men alleen de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen, hetgeen dus ook voor de beperkte zakelijke rechten geldt."<sup>250</sup>

Aangezien uit de context valt af te leiden dat hier met zakelijke rechten is bedoeld op rechten op zaken in de moderne zin van het BW van 1992, blijkt uit deze passage dat de *numerus clausus* ook beperkte rechten op niet-zaken omvat. Met deze laatste constatering is de stelling van Snijders echter niet 'gefalsifieerd'. Hij stelt immers niet dat de *numerus clausus* alleen de zakelijke rechten omvat; zijn stelling is dat de *numerus clausus* naast het eigendomsrecht alleen de beperkte rechten omvat die in de boeken 3 en 5 van het BW zijn geregeld.

Vrijwel alle relevante passages uit de parlementaire geschiedenis die in § 2.2 onder elkaar zijn gezet, refereren inderdaad aan zakelijke rechten, waarmee overigens mede wordt bedoeld op de beperkte rechten uit boek

---

constitutive element of a future European property law?, in Het plezier van de rechtsvergelijking (Hondiusbundel), 2003, op p. 47

250 TM (d d 25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 3

3 BW, ook wanneer die rechten niet rusten op een zaak.<sup>251</sup> Verder valt nergens de term 'absolute rechten' in het kader van de debatten over het gesloten stelsel. In beide opzichten is de stelling van Snijders derhalve juist: geen van de passages betreft het gesloten systeem uitdrukkelijk op iets anders dan eigendom en de beperkte rechten in de zin van de boeken 3 en 5 BW en daarbij zijn geen verwijzingen naar absolute rechten in het algemeen te vinden.

Toch zijn bij de stelling van Snijders wel kanttekeningen te plaatsen in het licht van de begripsmatige beschouwingen hiervoor in § 2.5.1 en 2.5.2. Het is zonder twijfel de bedoeling van Meijers geweest om ook de rechten op voortbrengselen van de geest binnen het BW te brengen, zodat "deze meer in verband met de algemene voorschriften van het burgerlijk recht" zouden worden gebracht, in het bijzonder die voor overdracht en bezwaring.<sup>252</sup> Bovendien is het begrip beperkt recht uitdrukkelijk in verband gebracht met voortbrengselen van de geest, zoals vertaal- en reproductierechten bij auteursrechten en de licentie bij het octrooirecht.<sup>253</sup> Het logische verlengde hiervan is de kwalificatie van deze intellectuele eigendomsrechten als volledige rechten, hoewel dit in de parlementaire geschiedenis nergens expliciet is gemaakt. Van dit wetssystematische uitgangspunt heeft de wetgever later nooit afstand genomen, ook al is het beoogde boek 9 vooralsnog niet gerealiseerd.<sup>254</sup>

Deze constatering betekent dat de stelling van Snijders dat de numerus clausus beperkt is tot eigendom en de beperkte rechten geregeld in de boeken 3 en 5 van het BW, in strijd is met de systematiek van het

---

251 In het volgende hoofdstuk over de herkomst van de numerus clausus zal blijken dat de numerus clausus in het goederenrecht, voor zover deze is terug te voeren op de Duitse doctrine in de 19<sup>e</sup> eeuw, inderdaad beperkt was tot de rechten op zaken

252 Zie Algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p. 127. "Ook de regeling van deze rechten zou er slechts bij gewonnen hebben, wanneer men deze meer in verband met de algemene voorschriften van burgerlijk recht had gebracht - men denke hier b.v. aan de overdracht en de bezwaring van deze rechten - terwijl ook de redactie der artikelen allicht een weinig eenvoudiger zou zijn geworden." Zie ook zijn *Algemene Begrippen*, 1947, p. 285 en 315.

253 TM bij art. 3 8, PG 3, p. 93. "De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten, die, hetzij bij ieder overdraagbaar vermogensrecht kunnen voorkomen - vruchtgebruik en pandrecht -, hetzij alleen bij rechten op bijzondere voorwerpen: erfdienstbaarheid, erfpacht en grondrechten op onroerende goederen, vertaal- en reproductierechten bij auteursrechten; een licentie bij het octrooirecht, enz."

254 Wel is uitdrukkelijk vermeld in MvA I Inv., Algemene opmerkingen (d.d. 28 oktober 1988), PG Inv. 3, p. 1007, dat nooit uitvoering is gegeven aan het voornemen dat was verwoord in de TM bij art. 3 1 1.10, PG 3, p. 96, om voor overdracht van octrooien en rechten op modellen inschrijving in een openbaar register voor te schrijven, zodat deze rechten registergoederen zouden worden. Van de algemeen vermogensrechtelijke systematiek van deze benadering is echter niet principieel afstand genomen

vermogensrecht. Het systeem van het BW en de algemene verwijzing naar de wet in art. 3:81 lid 1 BW pleiten juist voor de aanname dat de *numerus clausus* ook de beperkte rechten op voortbrengselen van de geest omvat en daarmee ook andere volledige rechten dan het eigendomsrecht. Wanneer men ervoor kiest om deze andere beperkte en volledige rechten gezien hun derdenwerking aan te duiden met de term 'absoluut recht', kan men spreken van een *numerus clausus* van absolute rechten. Juist nieuwe typen volledige en beperkte rechten, zoals eventueel de aanspraak op een domeinnaam en van deze aanspraak afgeleide rechten, zijn derhalve aan te merken als rechten binnen de *numerus clausus*. Men kan Snijders dus tegenwerpen dat hij te zeer kijkt naar de tekst van de gerealiseerde en geldende delen van de burgerlijke wet, en te weinig naar de systematiek die aan de wet ten grondslag ligt.

Hetgeen Snijders onmiskenbaar beoogt, is ruimte te creëren voor de jurisprudentiële rechtsontwikkeling, in het bijzonder voor de erkenning van nieuwe typen rechten zoals de aanspraak op een domeinnaam. Daarvoor acht hij het kennelijk nodig om een late uitbraak van het rond 1992 gevreesde maar destijds uitgebleven legisme de kop in te drukken. In het debat over de grenzen die door art. 3:83 lid 3 BW aan de erkenning van nieuwe typen rechten worden gesteld, brengt hij zwaar geschut in stelling. Hij wijst op

een "algemeen gezichtspunt dat bij een redelijke uitleg van de wet in het licht van nieuwe ontwikkelingen moet worden in acht genomen. Dat gezichtspunt houdt, ruw uitgedrukt, in dat het nieuwe vermogensrecht mede ten doel heeft een grondslag te vormen voor verdere, in 1992 nog niet te voorspellen ontwikkelingen en dat het aan nieuwe ontwikkelingen slechts in de weg behoort te staan in het geval dat het daarvoor een duidelijk, op redelijke grond berustend beletsel bevat. Deze doelstelling impliceert een open stelsel. De miskennis hiervan komt neer op een nieuwe vorm van legisme."<sup>255</sup>

Openheid is dus voor Snijders het uitgangspunt, behalve daar waar in de wet geslotenheid is voorgeschreven.<sup>256</sup> Zoals al geconstateerd is, concludeert hij op basis hiervan dat het gesloten systeem in het goederenrecht slechts de eigendom en de beperkte rechten betreft.

255 Snijders 2002, § 1, p. 27. Zie ook § 13, p. 57-58. "Uitgangspunt dient te zijn dat het vermogensrecht van 1992 een open karakter heeft, zelfs waar eigendom en beperkte rechten in beginsel een (half) gesloten stelsel vormen."

256 Kritisch is het 'nawoord' van Grosheide, Juridisch buikspijken, NTBR 2003/7, p. 357 (redactioneel): "Inderdaad: dit gaat over een open vermogensrecht, opener dan de openheid die wie dan ook in het nieuwe BW heeft kunnen ontdekken. Maar kennelijk hebben wij hier buiten de wetgever gerekend en heeft deze gelukkigerwijs Snijders bereid gevonden zoveel jaar na datum als buikspiker op te treden."

Uiteindelijk gaat het om de mate waarin men aan de wetgever het primaat bij de rechtsontwikkeling wenst toe te kennen. Het debat hierover wordt voortgezet in het slothoofdstuk. De vraag die in dit hoofdstuk centraal heeft gestaan, is slechts in hoeverre in het Nederlandse goederenrecht een numerus clausus bestaat.<sup>257</sup> Daarom wordt hier volstaan met de constatering dat Snijders niet duidelijk maakt waarom de 'klassieke' typen goederenrechtelijke rechten wel maar andere volledige en beperkte rechten niet tot een numerus clausus dwingen en, in verband hiermee, ook niet waarom legisme geen gevaar zou opleveren voor de klassieke goederenrechtelijke rechten.

Ter afsluiting van deze paragraaf over de reikwijdte van de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten houd ik het erop dat er in het systeem van de wet, in de parlementaire geschiedenis en in het vermogensrechtelijk begrippenapparaat voldoende aanknopingspunten besloten liggen voor de stelling dat de numerus clausus in het goederenrecht ook andere volledige rechten dan het eigendomsrecht omvat, en andere beperkte rechten dan die in de boeken 3 en 5 BW. Overigens kunnen de beschouwingen die nog zullen volgen over de ratio en de consequenties van de numerus clausus ook van belang zijn ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten en andere 'nieuwe typen' rechten, indien deze geen deel zouden uitmaken van de numerus clausus.

#### *2.5.4 Een open stelsel van rechtsobjecten?*

De vraag naar de reikwijdte van de numerus clausus kent nog een dimensie: het niveau van de rechtsobjecten, de voorwerpen van goederenrechtelijke rechten. Hierboven is in § 2.5.1.6 het subjectieve vermogensrecht, meer in het bijzonder het goederenrechtelijke recht, beschreven als de rechtsbetrekking tussen een subject en een object. Met 'object' wordt bedoeld op de zaak of de prestatie waarop een subjectief recht betrekking heeft, het 'subject' is de rechthebbende en de 'rechtsrelatie tussen het subject en het object' is het subjectieve recht.<sup>258</sup> Met de discussie over het rechtskarakter van de domeinnaam en eventuele andere 'nieuwe rechten' in verband met het gesloten stelsel is de schijnwerper ook komen te rusten op het rechtsobject.

---

<sup>257</sup> Ook de ratio van art. 3:83 lid 3 BW komt later aan de orde in § 5.5.4.

<sup>258</sup> De term 'object' heeft hier een ruimere betekenis dan in de begripsomschrijving van een zaak in art. 3:2 BW, vgl. MvA II bij art. 3:2 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 65. Uit het verband is duidelijk dat 'object' hier niet betekent 'rechtsobject': de bepaling heeft juist de strekking vast te stellen wanneer een stoffelijk object rechtsobject kan zijn.

Met name Th.F. de Jong heeft recentelijk het standpunt ingenomen dat sprake is van een open stelsel van rechtsobjecten.<sup>259</sup> De Jong maakt scherp onderscheid tussen twee begripsslagen, "enerzijds de laag van de voorwerpen van recht (lichamelijk of onlichamelijk), en anderzijds de laag van de goederenrechtelijke rechten (eigendom, respectievelijk 'algemeen toebehoren', en beperkte rechten)" <sup>260</sup> De Jong begint met de stelling dat het goederenrecht "een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten kent en dat ook dient te behouden".<sup>261</sup> Onder goederenrechtelijke rechten verstaat hij eigendom in ruime zin, mede omvattende de eigendom van vorderingen en intellectuele eigendomsrechten, en beperkte rechten. Anders is het volgens hem op het niveau van de rechtsobjecten, die hij overigens aanduidt als goederenrechtelijke voorwerpen en als 'voorwerpen van recht':

"In beginsel speelt de erkenning van voorwerpen van recht zich af buiten de wetgever om. Voor positief omschrijvende wettelijke regels is hier geen plaats, nog minder dan dat de wet concrete regels kan geven voor de vaststelling van zaaksidentiteit. De maatschappelijke werkelijkheid is daarvoor te complex. Vandaar dat het goederenrecht op dit punt als 'open' kan worden betiteld. Indien daarvoor gronden zijn, bijvoorbeeld van politiek-morele aard, kan de wetgever uiteraard corrigerend optreden. De wetgever kan bijvoorbeeld regels stellen waarin aan bepaalde identiteiten goederenrechtelijke voorwerpelijkheid wordt onthouden. Ook laat zich beperkende wetgeving voorstellen die niets aan de goederenrechtelijke voorwerpelijkheid van een bepaalde entiteit afdoet, maar waarin bijvoorbeeld nadere regels worden gesteld omtrent de formele aspecten van overdracht of in het algemeen de mogelijkheid daarvan".<sup>262</sup>

De Jong rept van "gecontroleerde openheid van het goederenrecht"; de verkeersopvattingen zijn bepalend voor de vraag of een domeinnaam of een andere nieuwe figuur als onstoffelijk goed en in die hoedanigheid als voorwerp van toebehoren en beperkte rechten kan worden beschouwd. Bij de verkeersopvattingen gaat het in het bijzonder om de vaststelling dat 'iets' in het maatschappelijk verkeer als een zelfstandige en afzonderlijke entiteit is gaan gelden. De Jong noemt dit criterium het 'reïficatiebeginsel'.<sup>263</sup>

259 Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht - Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, diss. Groningen, 2006, § 25, nr. 211 e.v.

260 Diss., nr. 200, zie ook de samenvatting.

261 Diss., nr. 211.

262 De Jong, diss., nr. 215.

263 De Jong definieert deze term nergens, maar de betekenis is af te leiden uit o.a. nrs. 144, 149 en 213, zie voor de term reïficatie nr. 27, p. 25, noot 51.



De benadering van De Jong blijkt geenszins te betekenen dat de partijen in het maatschappelijk verkeer de vrijheid hebben zelf te kiezen wat zij als rechtsobject van een goederenrechtelijk recht aanmerken. De erkenning van wat De Jong noemt de goederenrechtelijke voorwerpelijkheid van 'iets', ziet hij als een taak van de rechter, die daarbij de opvattingen in het maatschappelijk verkeer in plaats van de bedoelingen van de betreffende partijen doorslaggevend moet laten zijn. De begrenzing moet volgens De Jong liggen in het antwoord op de vraag of sprake is van "een entiteit die tegenover derden te beschermen is. Het moet gaan om iets wat exclusief aan iemand kan toebehoren, alleen dan kunnen we spreken van 'toebehoren'".<sup>264</sup> De Jong werkt deze benadering kort uit door op basis van de verkeersopvattingen de domeinnaam wel en goodwill niet als 'goederenrechtelijke voorwerpen' te kenschetsen.<sup>265</sup>

Met de door De Jong gepretendeerde openheid van het systeem op de laag van de voorwerpen van recht blijkt het dus wel mee te vallen. De Jong doet eigenlijk een uitspraak over de verhouding van de rechter tot de wetgever bij de erkenning van nieuwe rechtsfiguren. Zo bezien bestaat voor de partijautonomie ook in zijn benadering weinig ruimte, de erkenning van goodwill als goed, bijvoorbeeld doordat partijen goodwill als zodanig behandelen in een overeenkomst, stuit af op het door hem geformuleerde reificatiebeginsel.

Dit beginsel, dat eigenlijk meer een criterium is, bestaat overigens uit een heel vage norm. Beslissend is of een nieuw voorwerp 'een naar verkeersopvattingen eigen goederenrechtelijke identiteit' heeft. Een uitvoeriger en grondige studie naar het rechtsobject is te vinden in de dissertatie van Van der Steur uit 2003.<sup>266</sup> Zij identificeert vier criteria voor de erkenning van nieuwe zaken als rechtsobject, waarvan er twee zijn ontleend aan art. 3:2 BW en twee aan de doctrine: vatbaarheid voor menselijke beheersing, stoffelijkheid, zelfstandigheid en economische waarde.<sup>267</sup> Naast de in deze zaakscriteria besloten liggende 'technische begrenzing van het begrip zaak' schetst zij een 'ethische grens', die sommige zaken, zoals het

---

264 De Jong, diss., nr. 214.

265 De Jong, diss., nrs. 213-217.

266 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten - Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, diss. Leiden, 2003.

267 A.w., diss., § 3.1.4 e.v. Op p. 141 vermeldt zij hierbij o.a. tijdens de parlementaire behandeling is voorgesteld de verkeersopvattingen doorslaggevend te laten zijn voor de zaakskwalificatie (VV II bij art. 3:2, PG 3, p. 65), maar dat dit voorstel geen navolging heeft gekregen. De verkeersopvattingen zijn volgens Van der Steur te vaag, de functionaliteit van het eigendomsbegrip vergt dat geëxpliciteerde eisen worden gesteld aan het zaaksbegrip.

menselijk lichaam, buiten het rechtsverkeer plaatst. Deze criteria en grenzen past zij toe op een groot aantal zaken en quasi-zaken in het maatschappelijk verkeer, en transposeert zij vervolgens naar de 'corpora mystica', de objecten van intellectuele eigendomsrechten.<sup>268</sup> Hiermee schetst Van der Steur kaders voor de beoordeling of een nieuw type object erkenning als rechtsobject, dat wil zeggen als object van een goederenrechtelijk recht, verdient.<sup>269</sup> Anders dan De Jong hanteert Van der Steur hierbij kennelijk wel het uitgangspunt dat sprake is van een *numerus clausus*, zoals ook in de vorige paragraaf is gebleken.

Het valt te betwijfelen of recht en voorwerp van recht zo scherp mogen worden onderscheiden als De Jong aanneemt. In zijn benadering kan sprake zijn van een klassiek goederenrechtelijk recht binnen de *numerus clausus*, dat echter betrekking heeft op een geheel nieuw rechtsobject. Dit onderscheid creeert een dwaalspoor. Een goederenrechtelijke verhouding en het object daarvan zijn dogmatisch wellicht te onderscheiden aspecten van een subjectief recht, maar niet los van elkaar te behandelen. De aard van het subjectieve recht wordt mede bepaald door de aard van zijn subject en de aard van zijn object: het subjectieve recht als samenstel van de drie elementen, namelijk subject, object en de rechtsrelatie daartussen, bestaat in het rechtsverkeer als een eenheid. Erkenning van een nieuw voorwerp van goederenrechtelijke rechten moet daarom worden behandeld als erkenning van een nieuw goederenrechtelijk recht. Het open dan wel gesloten stelsel betreft het subjectieve vermogensrecht in zijn totaliteit; niet slechts een element daarvan.

In dit hoofdstuk, waarin de vraag centraal heeft gestaan in hoeverre in het Nederlandse vermogensrecht sprake is van een *numerus clausus*, is duidelijk geworden dat de *numerus clausus* een denkmodel is dat de wetgever sturing heeft gegeven bij de vormgeving van het 'klassieke' goederenrecht in boek 3 en boek 5 BW, maar ook bij de regeling van het erfrechtelijke stelsel van uiterste wilsbeschikkingen en bij de nooit voltooide vormgeving van een regeling van het bewind. Het gesloten stelsel omvat niet alleen de typen van beperkte rechten en de typen van quasi-goederenrechtelijke rechten zoals gronden voor voorrang, maar ook de wijzen van rechtsverwerving en rechtsverlies en de overdraagbaarheid van goederen. De *numerus clausus* houdt bovendien verband met het stelsel van het ver-

268 A w , § 4.1 e.v.

269 Vgl. Wolfgang Mincke, *Objects of Property Rights*, in *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, p. 651-665, die *scarcity*, *specificity*, en *publicity* hanteert als criteria. Vgl. ook F.W. Grosheide, *Eigendom in de informatiemaatschappij*, in *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, 2003, p. 93-117.

mogensrecht, waarvan de zelfstandigheid van het goederenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht een element is. Al deze aspecten van het gesloten stelsel krijgen in de volgende hoofdstukken over de herkomst en de ratio van de numerus clausus nader reliëf.



# DE HERKOMST VAN HET DOGMA VAN NUMERUS CLAUSUS

### 3.1 Inleiding

Voor een oordeel over de functie en de rechtvaardiging van de numerus clausus is kennis over de herkomst van de numerus clausus belangrijk. In dit hoofdstuk wordt de herkomst van de numerus clausus getraceerd. Het bestaat grotendeels uit een beschrijving van de rechtshistorische ontwikkeling waarin de numerus clausus is ontstaan. Na een terminologische excursie in § 1 en een korte dwaalweg langs het Romeinse recht in § 3.3, komt in § 3.4 het Nederlandse recht aan de orde. In het vorige hoofdstuk is reeds een overzicht gegeven van de belangrijkste Nederlandse rechtspraak, vooral aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw en daarna. Hier wordt vooral de Nederlandse doctrine bestudeerd, vanaf de tijd waarin het oude BW is ontstaan tot aan de eerste decennia van de 20<sup>e</sup> eeuw. In dit verband wordt ook een aantal bepalingen uit verschillende oude ontwerpen voor een burgerlijk wetboek geanalyseerd. Bij de beschrijving van de herkomst van het dogma van de numerus clausus ligt het accent op de juridisch-conceptuele kader. In de marge worden enige algemene historische kanttekeningen gemaakt.

Vervolgens wordt in § 3.5 uitvoerig aandacht besteed aan het Duitse recht en het ontstaan van het BGB van 1900; met name Wolfgang Wiegand heeft een belangrijke rechtshistorische beschrijving van de herkomst van het beginsel in het Duitse recht gegeven. De ontstaansgeschiedenis zoals voor het Duitse recht beschreven door Wiegand vindt een interessante parallel in de Nederlandse literatuur ten tijde van de inwerkingtreding van het Duitse BGB, in het bijzonder in twee artikelen die in § 3.4 worden belicht, van Feith en van Meijers. De zelfstandige bestudering van het Duitse recht in dit hoofdstuk wordt gerechtvaardigd door zijn bijzondere betekenis voor het Nederlandse vermogensrecht in dit kader. Zoals uit rechtsvergelijking in hoofdstuk 4 zal blijken, wijkt het Franse recht ten aanzien van de geslotenheid van het goederenrecht reeds sinds de eerste helft van de 19<sup>e</sup> eeuw af van het Nederlandse recht. De Franse invloed op het Nederlandse rechtsdenken, die zich in het algemeen tot ruim in de 20<sup>e</sup> eeuw liet gelden, is in dit kader beperkt gebleven tot de receptie van het ideeëngoed van enkele Franse auteurs. Waar deze in de Franse doctrine

een minderheidsopvatting verkondigden, werden hun dissidente opvattingen in Nederland overgenomen en vertolkt door de meest invloedrijke 19<sup>e</sup> eeuwse privaatrechtsgeleerden, zoals Diephuis en Opzoomer, wier opvattingen in Nederland pas laat, aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw, enigszins werden weersproken en dan nog op gebrekkige wijze. Het Nederlandse recht en de Nederlandse doctrine vertoonden dus al in de 19<sup>e</sup> eeuw grotere gelijkenis met aanvankelijk de Duitse doctrine en later het Duitse recht dan met het Franse recht.

Ten slotte wordt in § 3.6 een analyse gemaakt van het thans in Nederland geldende vermogensrecht in het licht van het Duitse BGB. Bij de beschouwing van het Duitse recht in § 3.5 zal duidelijk worden dat niet kan worden volstaan met belichting van alleen de *numerus clausus*. Daarom dienen ook de zelfstandigheid van het zakenrecht binnen het Nederlandse vermogensrechtelijke systeem en het daarin heersende eigendomsbegrip te worden beschouwd. In § 3.7 van dit hoofdstuk over de herkomst van de *numerus clausus* wordt vervolgens uitvoerig aandacht besteed aan de zes eigenschappen van het eigendomsbegrip goederenrecht in het BW van 1992.

### 3.2 De term '*numerus clausus*'

De term '*numerus clausus*' is waarschijnlijk aanzienlijk minder oud dan het Latijn doet vermoeden. De herkomst van de term is nooit onderzocht, maar het lijkt erop dat de term pas in de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw in het kader van het goederenrecht opgeld heeft gedaan, en wel in de Duitse literatuur. Zoals hierna uitvoerig zal worden toegelicht, is het concept van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten door de Duitse wetgever ten grondslag gelegd aan het BGB dat in 1900 van kracht is geworden, ook al zijn er juist in Nederland oudere wortels te vinden. In de Motive bij het regeringsontwerp voor het BGB, uit 1888, wordt gerept van '*die geschlossene Zahl*'. De term *numerus clausus* is in de Motive echter nergens te vinden.<sup>1</sup> Pas geruime tijd later, in de jaren '30 van de 20<sup>e</sup> eeuw, duikt de term *numerus clausus* op in de Duitse literatuur. De oudste vermelding van de term heb ik gevonden in de invloedrijke beschrijving van

---

1 De term is evenmin te vinden in geschriften destijds die verband hielden met dit wetsontwerp, zoals de toelichting van Johow bij het voorontwerp voor het zakenrechtelijk deel. Ook in het beroemde kritische commentaar van O. Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, 1889, is de term niet gebruikt.

het Duitse zakenrecht door Philipp Heck uit 1930<sup>2</sup> Vervolgens is de term ook gebruikt door F Wieacker in een monografie uit 1938<sup>3</sup> Het is niet uit te sluiten dat deze auteurs geïnspireerd zijn geweest door een heel ander soort getalsmatige beperking in het maatschappelijk verkeer, de *numerus clausus* of *numerus fixus* van studenten die worden toegelaten voor een bepaalde opleiding, de term had in de jaren '20 van de 20<sup>e</sup> eeuw betrekking op universitaire quota voor joden in sommige Europese landen

Buiten Duitsland duikt de term *numerus clausus* voor het eerst op in de jaren '50, zij het op verschillende plaatsen tegelijk en vermoedelijk onafhankelijk van elkaar Eén van de meest geciteerde vermeldingen van de term is te vinden in de Amerikaanse rechtsvergelijkende literatuur, namelijk in een commentaar van Vera Bolgár uit 1953 over de trust, later gevolgd door een beschouwing van Merryman in 1963 die de term in de titel van een artikel gebruikte<sup>4</sup> In Italië was de term *numerus clausus* al een jaar eerder, in 1952, gebruikt door Torrente, in de eerste druk van zijn *manuale* over privaatrecht<sup>5</sup> In Nederland is de term in het kader van het goederenrecht voor het eerst gebruikt door leden van de Tweede Kamer, zo is gebleken uit het overzicht van relevante passages uit de parlementaire geschiedenis<sup>6</sup> De term wordt tegenwoordig in de rechtsvergelijkende literatuur alom gebruikt om de wettelijke opsomming van goederenrechtelijke rechten aan te duiden, naast de Duitse termen *Typenzwang* en *Typenfixierung*, en in Nederland naast de meer gebruikte term gesloten systeem

---

2 Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930 (herdrukt in 1970 en 1994), §§ 22 en 23

3 Franz Wieacker, *Bodenrecht*, 1938, p. 111

4 Vera Bolgar, *Why no Trusts in the Civil law?*, (1953) 2 *Am J Comp Law* 204-219, J H Merryman, *Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, (1963) 12 *Am J Comp Law* 224-231 Het is niet duidelijk of de werken van Heck en van Wieacker bekend waren aan Bolgar, zij verwijst nergens naar deze Duitse bronnen

5 A Torrente, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1<sup>e</sup> druk 1952, no. 167 op p. 232. Nell'interesse generale della produzione, l'ordinamento giuridico non ritiene opportuno gravare la proprietà di limitazioni diverse da quelle della legge previste e ritenute utili alla generalità: perciò i diritti reali costituiscono un *numerus clausus*.

6 VV II (d.d. 25 oktober 1961) in het kader van het recht van erfdienstbaarheid, PG 5, p. 248 en 291, en ook regeringscommissaris Wiersma, in het kader van de uiterste wilsbeschikking, *Handelingen II* bij art. 4:42 (d.d. 5 oktober 1965), PG 4, p. 227, alle reeds in § 2.2 geciteerd. In de Nederlandse literatuur is de term *numerus clausus* zelden gebruikt, vermoedelijk doordat de - strikt genomen begripsmatig niet identieke - term gesloten systeem in de Nederlandse taal beter klinkt.

### 3.3 Het *Ius Commune*

Hoewel de term *numerus clausus* dateert uit het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw, wordt het begrip ook gehanteerd om oudere rechtsstelsels te beschrijven. Aangezien een rechtsbegrip altijd een denkmodel is, is het niet verrassend dat een begrip associaties met min of meer vergelijkbare gedachtenpatronen uit het verleden oproept. Zeker wanneer de betekenis van een rechtsbegrip niet precies vaststaat, wordt het dikwijls getransponeerd naar oudere rechtsstelsels.<sup>7</sup> Zo ook het begrip *numerus clausus*.

De verleiding bestaat om reeds in het Romeinse recht een *numerus clausus* te onderkennen. De mogelijkheden om in rechte een rechtsvordering in te stellen, waren immers beperkt tot een afgebakend aantal typen. Alleen de door de praetor opgestelde, benoemde formulieren konden de basis vormen voor een rechtsvordering. Dit betekent indirect ook dat de door middel van deze acties te verwezenlijken rechten beperkt zijn tot de typen waarvoor een actie bestaat. Het lag voor de hand om achter de zakelijke actie een algemeen begrip zakelijk recht te ontwaren, maar daarvan is in de Romeinse tijd nooit sprake geweest.<sup>8</sup> Daarom kan eigenlijk van een *numerus clausus* in goederenrechtelijke zin niet gesproken worden. Het gesloten stelsel in het huidige recht is anders van aard, zo stelt Lokin:

"Ten aanzien van de absolute rechten, waar het Romeinse recht natuurlijk ook een gesloten stelsel heeft, kent het huidige recht toevallig ook een gesloten stelsel, maar op grond van geheel andere overwegingen dan die voor de Romeinen bepalend waren. Het Romeinse recht kende door zijn beperkte aantal formula's niet anders dan gesloten stelsels; bij ons zijn de absolute rechten beperkt in aantal, omdat bij

7 Volgens T.J. Veen bestaat de rechtshistorische wetenschap altijd uit de transpositie van moderne begrippen. Zie o.a. zijn oratie, Met dank aan Du Perron - Over terminologie, begripsvorming en het vermijden van anachronistische redeneringen in het rechtshistorisch bedrijf, 1996. In het kader van de analyse van de herkomst van het begrip subjectief zakelijk recht heeft de Fransman Villey zich hiertegen juist sterk verzet. Zie hierover P.L. Nève, Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten, in: *Op recht* (Struyckenbundel), 1996, p. 223-232.

8 L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1933, p. 2-3. Vgl. W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 1993, p. 58, 2003, p. 102: "Ten gevolge nu van de neiging der middeleeuwse en vroeg-moderne civilisten om achter deze acties te zoeken naar de daaraan ten grondslag liggende subjectieve rechten rees een lang en soms bitter dispuut over de vraag hoeveel (zakelijke) subjectieve rechten uit de Romeinse (zakenrechtelijke) acties konden worden afgeleid.", met verwijzing naar het werk van Hahn uit 1639, dat nog aan de orde komt. Zie ook het lemma *Sachenrecht*, door F. Schöb, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), Band IV, 1990, sub 3, kolommen 1219-1220, met verwijzing naar Pugliese en Villey.



ieder absoluut recht de belangen van derden op het spel staan. Het zou op het rechtsverkeer verlamvend kunnen werken wanneer de absolute rechten die tegen derden gehandhaafd kunnen worden in onbeperkte aantallen zouden kunnen worden gevestigd.<sup>9</sup>

De geslotenheid in het Romeinse recht is vooral een kwestie van procesrecht.<sup>10</sup>

In de middeleeuwen en daarna is door veel beroemde juristen aandacht besteed aan de zakelijke rechten.<sup>11</sup> Steeds opnieuw is getracht de bestaande zakelijke rechten te catalogiseren. Hierbij is vooral de aard van een zakelijk recht aan de orde geweest. De vraag die bij het dogma van een *numerus clausus* centraal staat, namelijk de algemene vraag of de ruimte bestaat om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, blijkt echter slechts door zeer weinigen te zijn gesteld. Het 'goederenrechtelijke *numerus clausus*-denken' dateert derhalve uit een latere periode.

### 3.4 De herkomst in het Nederlandse recht

Algemeen wordt verondersteld dat de *numerus clausus* in het Nederlandse goederenrecht voortkomt uit de Duitse Pandektistiek en de tijd van de

---

9 J.H.A. Lokin, Prota, 1993, hoofdstuk VI § 38, p. 281 (2003, p. 273). Vgl. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 22.3, p. 85: "Das römische Recht beschränkte den absoluten Schutz durch 'actio in rem' auf wenige Formen. Es galt ein *numerus clausus* der Sachenrechte, ein Typenzwang. Bei abweichend gestalteten Bedürfnissen mußte das Leben sich mit obligatorischem Schutze begnügen. (...) Als ein Grund für den Unterschied des römischen Rechts von dem deutschen ist wohl anzusehen, daß die Staatsverfassung Roms nicht auf agrarischer Grundlage beruhte. Vielleicht hat auch eine gewisse 'prozessuale Sparsamkeit' mitgewirkt, welche mit der Gewährung von Aktionen zurückhielt. Wenn dies zutrifft, so würden wir in dem *numerus clausus* der Sachenrechte die materielle Auswirkung der prozessualen Entwicklung vor uns haben." Zie ook Vincenzo Giuffrè, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napels 1992. Anders wellicht Zwolve, a.w., 2<sup>e</sup> druk 2003, p. 103, waar hij stelt dat het Romeinse recht zich bij de uitbreiding van het aantal zakelijke rechten wel heeft gericht naar het voorbeeld van de bestaande zakelijke rechtsvorderingen, zodat sprake was van een sterke typendwang die de mogelijkheid tot uitbreiding van het aantal zakelijke rechten aan banden legde. Nadat het Romeinse recht definitief was vastgelegd in Justinianus' codificatie, waren de zakelijke rechtsvorderingen beperkt en kon daaruit z.i. een 'stelsel' van een beperkt aantal zakelijke rechten worden afgeleid. Zwolve legt hierbij geen verband naar ofwel de goederenrechtelijke rechtvaardiging van de belangen van het rechtsverkeer, ofwel een niet-goederenrechtelijke neiging tot processuele spaarzaamheid.

10 Zie in het algemeen over de nauwe verwevenheid van materieel privaatrecht en procesrecht in het Romeinse recht o.a. M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 2<sup>e</sup> druk 1971, § 4.II.1 en § 80.I.

11 Zie voor een overzicht Nève, a.w.

vervaardiging van het BGB in de 19<sup>e</sup> eeuw.<sup>12</sup> Op het eerste gezicht is er echter een significant verschil tussen het Duitse recht en het Nederlandse recht zoals neergelegd in het oude BW. De opkomst van de *numerus clausus* in Duitsland dateert uit de decennia tussen de publicatie van *System des heutigen Römischen Rechts* (1840-1848) door Savigny en de Motive bij het ontwerp voor het BGB uit 1888. Het oude Nederlandse BW daarentegen dateert uit 1838; het is in belangrijke mate een vertaling van de Franse Code civil van 1804. Bovendien zijn in eerdere ontwerpen voor het Nederlandse BW van 1838 al bepalingen te vinden die onmiskenbaar de geest van de *numerus clausus* ademen, zoals in deze paragraaf zal blijken. Anderzijds vindt de hypothese steun in het gegeven dat het Nederlandse recht in de 19<sup>e</sup> eeuw en erna onder grote invloed heeft gestaan van het Duitse recht en de Duitse doctrine.<sup>13</sup>

In deze paragraaf over de herkomst van de *numerus clausus* in het Nederlandse recht wordt eerst in § 3.4.1 een rechtshistorisch overzicht gegeven van de bepalingen in de burgerlijke wetboeken en in de ontwerpen daarvoor in de loop der tijden. Vervolgens komt in § 3.4.2 de Nederlandse literatuur aan de orde. Eerst worden de werken van Diephuis en Opzoomer grondig doorgespit, waarbij op verwijzing van Diephuis ook Demolombe wordt geraadpleegd. Dan zal aandacht worden besteed aan de vroegste zelfstandige publicaties over de vraag of nieuwe typen zakelijke rechten konden worden gevestigd. Vervolgens komen twee bekende artikelen uit de Nederlandse literatuur rond 1900 aan de orde, van Feith en van Meij-

12 Aldus explicite Nève, a.w., p. 232; onderschreven door H.L.E. Verhagen, *Ownership-based fund management in the Netherlands*, in: *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, 2002, p. 102.

13 Zie o.a. C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht*, oratie KUN 1999, p. 7, met nadere verwijzingen, o.a. naar een reeks bijdragen in de Nederlandse literatuur uit 1896, waarin de totstandkoming van het BGB uitvoerig werd signaleerd, m.n. R. Leonhard, *Die Vollendung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, RM 1897, p. 1-43; Weekblad van het Recht (1896) 6757, 6758, 6761 en 6825; H.J. Hamaker, *Het nieuwe Duitse Burgerlijk Wetboek*, WNR (1896) 1409 en (1897) 1410-1412. Deze signalementen aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw beschreven echter vooral in detail de Duitse codificatiegeschiedenis in het algemeen; inhoudelijke gegevens over de opzet van het nieuwe Duitse zakenrecht waren er niet in te vinden. Zie verder ook J.H.A. Lokin, *De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer*, in: *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de 19<sup>e</sup> eeuw*, 1994, p. 29-42, en J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940*, diss. Maastricht, 1997. Van het Duitse recht is ook indirect invloed uitgegaan via het Zwitserse recht, in de Nederlandse literatuur zijn de ontwerpen en de toelichting voor het Zwitserse ZGB, dat in werking is getreden op 1 januari 1912, uitvoerig beschreven door Paul Scholten, in een tiendelig artikel in WPNR 2023 e.v. (1908) tot 2044 (1909).

ers, die een belangrijk inzicht in het Nederlandse vermogensrecht geven. In deze twee artikelen is de zelfstandigheid van het zakenrecht vanuit twee kanten bezien: de zakenrechtelijke kant op basis van 584 Oud BW en de verbintenisrechtelijke kant op basis van 1354 Oud BW. De parallellen met het dan in werking getreden nieuwe Duitse recht zijn treffend. In het verlengde van deze twee artikelen liggen de preadviezen die in 1914 zijn uitgebracht voor de Broederschap der Notarissen.

### 3.4.1 De wet en de wetsontwerpen

#### 3.4.1.1 Het oude BW en de Code civil

Sinds 1838 heeft in Nederland het BW gegolden waarin art. 584 te vinden was, luidende:

'Men kan op zaken hebben, het zij een regt van bezit, het zij een regt van eigendom, het zij een regt van erfgenaamschap, het zij een vruchtgenot, het zij een regt van erfdienstbaarheid, het zij een regt van pand of hypotheek.'<sup>14</sup>

Deze catalogus van rechten die als zakelijk gekwalificeerd werden, was het meest voor de hand liggende aanknopingspunt voor de gedachte dat het zakenrecht een *numerus clausus* van beperkte rechten kende.<sup>15</sup> In de

- 
- 14 De bepaling stond aan het slot van de Vijfde Afdeling, getiteld 'Van zaken, met betrekking tot derzelver bezitters', van de Eerste titel van het Derde boek, getiteld 'Van de zaken en derzelver onderscheiding'. Art. 584 BW komt vrijwel helemaal overeen met art. 31 van de eerste titel van het op 24 oktober 1823 ingediende ontwerp van wet; alleen het woord 'dienstbaarheid' is gewijzigd in 'erfdienstbaarheid'. Zie J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-generaal over het ontwerp van burgerlijk wetboek (1875)*, Zittingjaar 1823-1824, deel II, p. 26 en 282. Zie over deze wijziging in verband met de betekenis van de term vruchtgenot J. van Kan, *Het vruchtgenot van art. 584 B.W.*, WPNR 2483-2486 (1917), vooral 2485.
- 15 Relevant is ook een andere wettelijke catalogus, te vinden in art. 564 Oud BW: 'Zijn almede onroerende zaken de navolgende regten: 1. Het vruchtgebruik en gebruik van onroerende zaken; 2. De erfdienstbaarheden; 3. Het regt van opstal; 4. Het erfpachtsregt; 5. Grondrenten, het zij in geld of in *natura* verschuldigd; 6. Het tiendregt; 7. Het regt van beklemming; 8. De regtsvorderingen, dienende om onroerende zaken terug te eischen of te doen leveren.' Deze bepaling betreft strikt genomen slechts het onroerende karakter van de opgesomde rechten, maar kan ook worden gezien als een opsomming van de wettelijke zakelijke rechten, aangezien het zakelijke karakter van elk van de genoemde rechten in de literatuur pleitbezorgers kende. Dit geldt ook voor de ten achtste genoemde rechtsvordering tot levering van een onroerende zaak; deze werden in de middeleeuwen gekenschetst als een *jus ad rem*, een rechtsfiguur die meer was dan een *jus in personam*, zij het geen volledig *jus in rem*.

literatuur was de inhoud van art. 584 steeds omstreden, zoals zal blijken bij de bespreking van het artikel van Meijers uit 1907.

De opsomming in art. 584 Oud BW stamt in feite van vóór 1838. Een inhoudelijk sterk vergelijkbare bepaling was reeds te vinden in het ontwerp Van der Linden uit 1808.<sup>16</sup> De ouderdom van deze rechtstreekse bron rechtvaardigt dat het BW uit 1838 eerst wordt behandeld, eerder dan het ontwerp 1816, dat dus iets jonger is.

Art. 584 van het BW van 1838 kan waarschijnlijk niet worden beschouwd als een vertaling van de vergelijkbare bepaling uit de Franse Code civil uit 1804, die in Nederland tussen 1813 en 1838 heeft gegolden. Art. 543 Cc luidt:

'On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.'

Deze opsomming in de Code civil, die later in ongeveer dezelfde bewoordingen is aan te treffen in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland<sup>17</sup>, wijkt inhoudelijk duidelijk af van de Nederlandse.<sup>18</sup> Wel is de Franse bepaling evenals de Nederlandse slechts een opsomming van rechten; het algemene principe dat buiten de wet geen nieuwe zakelij-

16 Joannes van der Linden, Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-1808, uitgave J.Th. de Smidt, 1967, op p. 75: Tweede Boek ('Van de reële regten, of regten op eene zaak'), Eerste titel, art. 20: 'Deze reële Regten bestaan in het *Regt van Eigendom, Bezit-regt, Regt van Erfopvolging, Dienstbaarheid, en Pandregt.*' Zie ook art. 21: 'Alle Regten, die tot geene van deze soorten gebragt kunnen worden, zijn enkel *personeel*; zij spruiten voort uit aangegane verbintenissen en geven geene actie op het Goed zelven, maar alleen tegen den geen, met wien men gehandeld heeft, tot de levering der beloofde zaak, of tot de uitvoering der toegezegde daad.'

17 Art. 438 van het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNvH), dat op 1 mei 1809 in werking trad en heeft gegolden tot 1 maart 1811, toen de Franse Code civil zelf van kracht werd, luidde: 'De betrekking tot de goederen, die iemand bezit, bestaat in het regt van eigendom, bezitregt, regt van genot, en in regt van dienstbaarheid of servituutregt.' F.C.J. Ketelaar, Oude zakelijke rechten, diss. Leiden, 1978, p. 137, beargumenteert waarom het systeem van het WNvH evenzeer als het Franse een open goederenrechtelijk systeem was.

18 Door Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, RM 1907, VPO 2, 1955, m.n. p. 11, is sterk betwist dat art. 584 iets van doen heeft met het Franse recht: "Art. 584 B.W. is niet in een toestand van half waken neergeschreven. Het is slechts ontworpen door iemand, die zijn kennis van het recht uit geheel andere bron geput heeft, dan waaraan het grootste deel van ons Burgerlijk Wetboek zijn ontstaan dankt. Noch Code civil, noch Pothier, noch Corpus juris zweefden den ontwerper van dit artikel voor oogen, maar wel vaderlandsche en Duitsche auteurs of waarschijnlijk een dictaat van een professor, die deze auteurs bestudeerd had. *Art. 584 B.W. dankt zijn ontstaan aan een dissertatie, die in het jaar 1639 aan de universiteit te Helmstadt verdedigd is.*"

ke rechten kunnen worden gecreëerd, is er niet uitdrukkelijk in verwoord.<sup>19</sup>

### 3.4.1.2 De ontwerpen uit 1816 en 1820<sup>20</sup>

De bepaling in art. 584 Oud BW wordt opmerkelijk wanneer blijkt dat in de tussentijd een ontwerp voor een Nederlands Burgerlijk Wetboek was gemaakt, waarin een veel uitdrukkelijker bepaling inzake de *numerus clausus* was opgenomen.

Na het herstel van de Nederlandse soevereiniteit in 1813 is in 1814 een commissie ingesteld ter uitvoering van de codificatie-opdracht in art. 100 van de Grondwet 1814.<sup>21</sup> Deze commissie, die uiteindelijk sterk onder invloed stond van Joan Melchior Kemper (1776-1824), kwam in 1816 met een ontwerp, dat soms het Ontwerp Kemper wordt genoemd. Daarin was in art. 1082 de volgende bepaling opgenomen:

'De gevallen, waarin dergelijk regt op eene zaak, die de onherroepelijke eigendom van een' ander' is, verkregen of voorbehouden wordt, zijn naar het tegenwoordig Wetboek geene andere, dan die, welke in dit tweede boek titel VII-XVI ingesloten, behandeld worden, alle overige regten geven alleen bevoegdheid tot eene persoon-

- 
- 19 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et garantie - Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, 1960, p. 147, spreekt van "la règle du *numerus clausus*, maladroitement exprimée à l'article 543." Het feit dat de zakelijke zekerheidsrechten hierin niet zijn vermeld, kan volgens Ginossar, p. 148, noot 260, worden verklaard uit de omstandigheid dat die niet werden gezien als *démembrements* van de eigendom. Het karakter van het hypotheekrecht in de Code civil is van oorsprong minder zakelijk dan in Nederland; zie Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1933, p. 392, in een noot (1935, p. 418; 1944, p. 490). Uit de door J. van Kan, WPNR 2486 (1917), geanalyseerde passages uit de beraadslagingen rond de totstandkoming van het oude Nederlandse BW in 1825 blijkt dat sommige door de Code civil geïnspireerde geesten de rechtsfiguren borgtocht, pand, hypotheek en de voorrechten gelijkelijk beschouwden als subsidiaire overeenkomsten die de nakoming van een ander contract moesten waarborgen; al deze rechtsfiguren, inclusief pand en hypotheek zouden in deze redenering bij de benoemde overeenkomsten moeten worden geregeld.
- 20 Het voorontwerp 1815 en de ontwerpen 1816 en 1820 zijn naast elkaar gezet door M.J.E.G. van Gessel-de Roo, Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798, deel VII, *Zakenrecht 1798-1820*, Walburg Pers, 1991, p. 186. Zie over het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten in deze wetsontwerpen ook Rank-Berenschot, diss., 1992, hoofdstuk III.
- 21 Zie over dit deel van de codificatiegeschiedenis J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1992, p. 279-287. Zie ook P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, 1982, § 3.2 en 3.3; H.W. Heyman, *Kemper's strijd tegen de Code Civil - Kanttekeningen bij een vertrouwd beeld*, RM Themis 1975, p. 420-443, en J.H.A. Lokin, *Die Rezeption der Code Civil in den nördlichen Niederlanden*, ZEuP 2004, p. 932-946, tevens in GOM XXI (2004).

lijke regtsvordering tegen den persoon, door wiens daad, of ontstane betrekking met den regthebbende, dit regt verkregen is ( )<sup>22</sup>

Deze bepaling is duidelijk geen opsomming van de erkende zakelijke rechten; het bevat een algemene bepaling inzake de bestaanbaarheid van zakelijke rechten buiten de wet en derhalve inzake de mogelijkheid om nieuwe zakelijke rechten te creëren

Inmiddels waren in 1815 de Noordelijke Nederlanden met de Zuidelijke verenigd, zodat de Belgen betrokken raakten bij het opstellen van een Burgerlijk Wetboek. Zij hadden grote kritiek op het ontwerp, onder meer omdat het afweek van de Franse Code civil, die superieur werd bevonden. Het Ontwerp 1816 is vervolgens op enige punten enigszins aangepast en in 1820 ingediend bij de kamer. De bepaling inzake de *numerus clausus* uit het Ontwerp 1816 is in het Ontwerp 1820 ongewijzigd overgenomen als art. 973.<sup>23</sup>

Het Ontwerp 1820 is in de kamer tussen 1821 en 1822 uiteindelijk na forse kritiek van alle zijden toch afgestemd. Er werd de voorkeur aan gegeven om een trouwere copie van de Code civil te vervaardigen<sup>24</sup>, ook al is op enige principiële punten daarvan afgeweken.<sup>25</sup>

- 22 Het weggelaten gedeelte betreft de exclusiviteit van de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar. Geen recht op eene zaak kan ten behoeve van een ander gevestigd worden, dan door een eigenaar, die het vrije beheer over zijne goederen heeft, of door hen die hem vertegenwoordigen (sic). Het ontwerp art. 1082 kwam in een iets gewijzigde formulering terug als art. 973 in het Ontwerp 1820, waarvan de eerste zin luidde: De eenige gevallen, waarin een recht op eene zaak, die de eigendom van een ander is, verkregen of voorbehouden kan worden ( )
- 23 Interessant is ook art. 974 van het Ontwerp 1820, dat nieuw was ten opzichte van het Ontwerp 1816. Hij die zoodanig recht op eens anders zaak verkregen heeft, kan hetzelfde echter niet tegen derden doen gelden, zoolang het niet op de daartoe bestemde registers is ingeschreven, ten ware dat recht in den titel van aankomst zelve van dien derden verkrijger mocht vermeld zijn, of wel bestaan mocht in eene zichtbare erfdiensbaarheid. Hierin werd niet alleen een centrale rol aan het publiciteitsbeginsel toegekend, maar ligt ook een vorm van relativering van de levering besloten.
- 24 Het ontwerp dat tussen 1822 en 1829 in de kamer werd behandeld en in 1829 gereed kwam en dat bekend staat als het Wetboek 1830, of ook wel het Wetboek Nicolai, naar de persoon die daarop de grootste invloed heeft gehad. Deze wet had op 1 februari 1831 van kracht moeten worden. Ten gevolge van de opstand en later de afscheiding van de Belgen werd de invoering echter opgeschort. Het BW van 1838, dat tot 1992 heeft gegolden, is in belangrijke mate gebaseerd op het Wetboek 1830, dit wetboek vertoonde reeds grote gelijkenis met de Franse Code civil.
- 25 Vooral het voor overdracht geldende vereiste van een afzonderlijke leveringshandeling verdient vermelding. Hiermee werd afstand genomen van het zogenaamde translatieve stelsel van overdracht uit het Franse recht. Dit verschil met de Code civil was overigens reeds neergelegd in het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland (WNVH). Aan de basis van delen van het WNVH lag weer het

Art. 1082 van het Ontwerp 1816 is voor zover mij bekend de eerste duidelijke aanzet tot wettelijke verankering van het algemene principe van een numerus clausus van zakelijke rechten. Zelfs het BGB van 1900 bevat geen bepaling die de numerus clausus even duidelijk verwoordt; de regel van 'het gesloten aantal' komt immers alleen in de Motive tot uitdrukking.

### 3.4.1.3 Het ontwerp uit 1898

Ongeveer ten tijde van de vervaardiging van het BGB in Duitsland is ook in Nederland een staatscommissie tot algehele herziening van het Burgerlijk Wetboek ingesteld.<sup>26</sup> In 1880 ging een staatscommissie aan het werk die op 30 november 1886 een ontwerp voor een Eerste boek inzake het personen- en familierecht gereed had. Vervolgens werd in 1887 een nieuwe staatscommissie ingesteld tot voortzetting van de herziening van het Burgerlijk Wetboek.<sup>27</sup> Haar ontwerp tot herziening van het Tweede boek, getiteld Van rechten op zaken, kwam gereed in 1898.<sup>28</sup> Ook in het Ontwerp 1898 is een bepaling inzake de numerus clausus te vinden die weinig aan duidelijkheid te wensen overlaat; art. 13 van het ontwerp luidt:

'Geen andere zakelijke rechten worden erkend, dan die in dit Wetboek zijn geregeld. Niettemin worden de bij de invoering van het Wetboek reeds gevestigde zakelijke rechten van anderen aard gehandhaafd.'

---

Ontwerp Van der Linden uit 1808, dat ook een traditiestelsel kende. Zie Lokin en Zwolve, a.w., p. 272 en 284. Vermelding van een ander relevant verschil is te vinden bij J.Ph. Suyling, Inleiding, 1<sup>e</sup> Stuk 1<sup>e</sup> Gedeelte, 1918, p. 24; het BW hield strikt vast aan "de publiciteit der hypotheeken, die de Code verwaarloosd had"; zie tevens zijn Voorrede bij het 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940.

26 Deze Staatscommissie, die naar haar voorzitter de commissie-Van Meerbeke pleegt te worden genoemd, is ingesteld door minister Modderman bij besluit van 28 februari 1880, no. 8. Zij telde eerst 16, later 12 leden. Het ontwerp voor het Eerste boek is becommentarieerd door Land, in Themis (1887), p. 251-309 en 504-546, en (1888), p. 242-291. Zie over de tendens tot herziening van de wetboeken destijds en de rol van de Nederlandse Juristen-Vereniging daarbij Lokin en Jansen, Tussen droom en daad, 1995, hoofdstuk II.

27 Deze staatscommissie, die eveneens onder voorzitterschap van J.J. van Meerbeke stond, is ingesteld bij besluit van 22 augustus 1887, no. 24. De commissie bestond uit vijf leden, zo blijkt uit de aanbiedingsbrief aan de Koningin. Eén van deze vijf was P.R. Feith, wiens bijdrage aan Themis in 1897 de opmaat vormde voor het arrest Blaauboer/Berlips, zoals hierna zal worden toegelicht. De drie overige leden waren A.P.Th. Eyssell, H.J. Hamaker en D.G. van Teijlingen; adjunct-secretaris was eerst R.J.H. Patijn, later H. de Ranitz. Het ontwerp is uitvoerig beschreven en van commentaar voorzien door N.K.F. Land, Rechten op zaken, naar het ontwerp tweede boek B.W. van de Staatscommissie van 22 aug. 1887, no. 24, gepubliceerd in 1901.

28 Op 29 december 1898 werd het ontwerp aan de Koningin aangeboden. Het is kort daarna in 1899 tezamen met de Toelichting gepubliceerd.

In de toelichting van de Staatscommissie bij deze bepaling wordt uitdrukkelijk verwezen naar de omstreden interpretatie van het destijds geldende art. 584 Oud BW:

"Ten opzichte van art. 584 B.W. is zoowel gewezen op het geringe nut, dat er uit getrokken kan worden, als op de onjuiste plaats, die het artikel in de vijfde afdeeling heeft ingenomen. Intusschen valt het niet te ontkennen, dat het van belang is om partij te kiezen bij de vraag of men het aantal der zakelijke rechten zal beperken, dan wel of men den weg open zal laten tot het scheppen van nieuwe zakelijke rechten, naar gelang de behoefte daaraan zich mocht doen gevoelen. Ons hoogste rechterlijke college besliste (zie arresten van 2 November 1855 en van 30 Januari 1880, te vinden o.a. in de Ned. Rechtspr., dl. 51, § 30, en dl. 124, § 15), dat artikel 584, slechts enumeratief zijnde, niet verhindert andere dan de daar genoemde zakelijke rechten te erkennen, doch het ontwerp achtte het verkieslijker den weg daartoe af te snijden en niet toe te laten, dat de eigendom door allerlei willekeurig uitgedachte, aan geene wezenlijke behoefte beantwoordende zakelijke rechten, zoude kunnen besnoeid worden. Slechts diende men te zorgen, dat de verkregen rechten worden geëerbiedigd."<sup>29</sup>

De kwestie van een *numerus clausus* van beperkte rechten is dus reeds in 1898 in klare taal onder woorden gebracht.<sup>30</sup> Bovendien is er uitdrukkelijk voor gekozen om het dogma van de geslotenheid in het wetsontwerp tot uitdrukking te brengen.

Het is opmerkelijk dat in de 19<sup>e</sup> eeuw in Nederland twee wetsontwerpen zijn opgesteld, waarin een uitdrukkelijke bepaling inzake de *numerus clausus* is opgenomen: het ontwerp 1816 en het ontwerp 1898.<sup>31</sup> Het is bekend dat de Staatscommissie uit 1880 zowel het BGB met het voorontwerp

29 Toelichting, p. 317.

30 Het commentaar van Land op het voorgestelde art. 13, op p. 53, is summier. Behalve de vraag waarom de bepaling rept van 'dit wetboek' in plaats van 'bij de wet', merkt Land slechts op: "De practische beteekenis van deze bepaling zal voor een groot deel afhangen van de meer of minder ruime opvatting, die men wil aannemen van het begrip Erfdienstbaarheid."

31 Vermeldenswaardig zijn nog twee bepalingen uit het ontwerp van Farjon uit 1800 van de Commissie 1798, meestal het Ontwerp Cras genoemd. Voor dit ontwerp was het ALR uit Pruisen een belangrijke inspiratiebron. Het is verzameld door H. Aa en uitgegeven door J.Th. de Smidt en A.H. Huussen, 1968. Zie vooral art. 132[110]: 'Erfpagt, erf- en huisdienstbaarheden, vrugtgebruik, pandregt, en diergelijke regten op de zaak, zijn geen regtmatige oorzaken, om de zaak zelve, maar wel, om die regten omtrend de zaak, voor zig te bezitten. Zie art. 114[92].', en art. 114[92]: 'Die, buiten de eigenaars, enig ander regt op de zaak zelve, die zij in hunne magt houden, hebben, als erfpagters, lijftogters, pandhouders, die bezitten wel dat regt in een opzigt voor zig zelve, maar zijn in een ander opzigt ten aanzien van de eigenaars enkele houders der zaak.' Beide bepalingen zijn opgenomen in de Derde afdeling ('Van het eigenlijk bezit'), in de titel over bezit. De nummers in vierkante haken komen uit het oorspronkelijke ontwerp van H.C. Cras (1739-1820) zelf; gewone nummers zijn de later aangebrachte doorlopende nummering.



van Johow, als het Ontwerp 1816 intensief in haar beraadslagingen heeft betrokken; de aanbiedingsbrief uit 1898 vermeldt dat zowel het eerste ontwerp en het tweede als het ten slotte aangenomen Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk "met groote belangstelling werden onderzocht en vaak tot leidraad voor hare beraadslagingen hebben gestrekt".

Aangenomen mag worden dat het voorgestelde art. 13 van het ontwerp 1898 ingegeven is geweest door de bepaling uit het Ontwerp Kemper uit 1816. Geconstateerd is reeds dat de door de Franse Code civil geïnspireerde ontwerpen geen van alle een vergelijkbare bepaling kenden. Bovendien staat vast dat de in 1816 bestaande buitenlandse wetboeken, zoals het ALR in Pruisen uit 1794 en het ABGB in Oostenrijk uit 1811, in het geheel niet uitgingen van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten. De grote rechtshistorische vraag is dus waar Kemper in 1816 zijn inspiratie voor de algemene verwoording van de numerus claususgedachte vandaan heeft gehaald.<sup>32</sup>

De ontwerpen van de Staatscommissies uit 1886 en 1898 hebben niet tot wetgeving geleid.<sup>33</sup> Ten aanzien van het voorgestelde art. 13 van het Ontwerp 1898 in het bijzonder kan men zich afvragen of de tijd er nog wel naar was om het primaat bij de erkenning van nieuwe typen subjectieve rechten zo uitdrukkelijk bij de wetgever te leggen. Aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw stond het legisme in Nederland immers ter discussie.<sup>34</sup>

Zo kon de kwestie van een numerus clausus blijven voortbestaan; uit hoofdstuk 2 is al gebleken dat nog verschillende arresten en vonnissen zijn gevolgd. Ook in de literatuur bleef de kwestie na 1898 nog enige tijd een strijdvraag.

---

32 Bekend is dat Kemper in grote mate geïnspireerd is geweest door het werk van Johannes Voet (1647-1713). In zijn Commentaar op de Pandekten, in de vertaling door Percival Gane, The Selective Voet, Durban 1955, is echter niets te vinden dat op de bepaling uit het Ontwerp 1816 van Kemper lijkt.

33 Niet alleen Land, a.w., 1901, p. 4-6, had zich reeds skeptisch getoond, maar ook de Staatscommissie 1887 zelf, op basis van de ervaringen met het ontwerp voor het Eerste boek. Zie hun aanbiedingsbrief, p. IV.

34 Volgens P.C. Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap, 1982, p. 2-3, stelt dat vanaf ongeveer 1880 de tegenbeweging op gang kwam. Juist Land was hierop een uitzondering; hij bleef sterk legistisch georiënteerd. Het verrast dan ook niet dat zijn commentaar op het ontwerp-art. 13 weinig kritisch was. Des te opmerkelijker is het feit dat H.J. Hamaker (1844-1911) deel uitmaakte van de Staatscommissie 1887, aangezien hij in zijn wetenschappelijke oeuvre steeds voor 'vrije rechtspraak' heeft bepleit; de wet zou voor de rechter slechts een richtsnoer zijn. Zie hierover G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, Hendrik Jacob Hamaker: de jurist tegenover het moderne denken, in: Beroep op de wetenschap - Utrechtse geleerden tussen universiteit en samenleving 1850-1940, 1999, p. 104-119.

### 3.4.2 De literatuur

In de Nederlandse literatuur blijkt de *numerus clausus*-gedachte al vroeg te zijn verwoord in de belangrijkste commentaren op het BW uit 1838, met name door Diephuis en Opzoomer. Vervolgens heeft de *numerus clausus* ook centraal gestaan in een aantal artikelen over de uitleg van art. 584 Oud BW.<sup>35</sup> In chronologische volgorde wordt eerst aandacht besteed aan de werken van Diephuis en Opzoomer. Zij waren in het privaatrecht verreweg de meest invloedrijke wetenschappers van de 19<sup>e</sup> eeuw in Nederland.<sup>36</sup> Zij schreven zowel strikt artikelsgewijze commentaren op het BW als meer algemene beschouwingen over de belangrijkste strijdvragen. Bij de bespreking van Diephuis wordt een excursie gemaakt naar Frankrijk door een korte analyse van het door Diephuis vermelde werk van Demolombe. Vervolgens wordt de inhoud van een grondige publicatie uit 1877 uitvoerig beschreven en wordt aandacht besteed aan verschillende discussies in de kolommen van het Weekblad voor Notaris-Ambt en Registratie. Dan worden de delen van een artikel van Feith uit 1897 belicht, waarin de autonomie van het zakenrecht gezien vanuit het verbintenissenrecht aan de orde komt. Vervolgens wordt het invloedrijke opstel van Meijers uit 1907 besproken, en ten slotte twee notariële preadviezen uit 1914.

#### 3.4.2.1 Diephuis

Het eerste algemene commentaar van G. Diephuis (1817-1892) is getiteld 'Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek'. Van het zakenrechtelijke deel 3 verscheen de eerste druk in 1846 en de tweede druk in 1857; opmerkelijk is dat vrijwel alle relevante passages in de tweede druk anders zijn geformuleerd dan in de eerste. Onder vrijwel dezelfde titel, 'Het Nederlandsch Burgerlijk Regt', publiceerde Diephuis ongeveer drie decennia later een algemener commentaar

35 Zie voor verwijzingen naar enige andere Nederlandse, 19<sup>e</sup> eeuwse werken ook Smits, Van partijen en derden; over interpretaties van de *numerus clausus* van zakelijke rechten, GOM XIII (1996), § 3 en 4.

36 J.H.A. Lokin, De taak van de rechtswetenschap bij Diephuis en Opzoomer, in: G. Diephuis en C.W. Opzoomer 1892-1992, GOM IX (1992), op p. 42-3: "In de vorige eeuw torenden zij hoog boven hun omgeving uit en gaven zij richting aan allen die zich met de rechtsgeleerdheid bezighielden. (...) Degene die moeite neemt Opzoomer en Diephuis van nabij te bestuderen voelt zich nog even nietig als de jurist uit de vorige eeuw. Want hij zal met verbazing en ontzag bemerken dat vele edelstenen die aan het nieuwe Burgerlijk Wetboek hun glans verlenen opgetast liggen in de schatkamers van hun werken; dat hij kortom bij Diephuis en Opzoomer juridische briljanten kan vinden die voor de huidige rechtsdogmatiek niets van hun schittering hebben verloren."

dat iets meer buiten de kaders van de wetsartikelen trad dan zijn eerste commentaar. Van de zakenrechtelijke band VI verscheen de eerste druk in 1880; de tweede druk uit 1886 is voor zover hier relevant wel identiek aan de eerste. In zijn commentaar uit 1880 gaf Diephuis de meest uitdrukkelijke beschouwingen over de numerus clausus, maar ook in zijn eerdere werk treedt het primaat van de wet duidelijk naar voren.

Dit blijkt reeds bij zijn korte beschouwingen over de zakelijke rechten in het kader van art. 584 BW Oud:

"Verschillend wordt er gedacht over de vraag, welke regten als zakelijke regten beschouwd moeten worden. (...) We behoeven te dezer plaatse in geen onderzoek deswege te treden; eensdeels omdat het voor ons de vraag moet zijn, welke regten onze wetgever als zakelijke regten heeft erkend; anderendeels omdat die regten later afzonderlijk door ons worden beschouwd."<sup>37</sup>

De wetgever stelt de maat voor de zakelijkheid van rechten, zo stelde Diephuis duidelijk voorop. Ook de opsomming in art. 584 kon hieraan niet afdoen; het was te verstaan als een generieke 'opnoeming' van de hoofdsorten zakelijke rechten die elders in de wet hun specifieke regelingen vonden.<sup>38</sup> Alleen de wet was bepalend voor de aard van rechten en voor hun rechtsgevolgen.<sup>39</sup>

37 Diephuis, a.w., 2<sup>e</sup> druk 1857, § 88, p. 41. Vgl. 1<sup>e</sup> druk 1846 op p. 47: "Veel is er getwist over die verschillende soorten zakelijke regten, en hetgeen de een voor zoodanig zakelijk regt hield, werd door den ander dikwijls daarvan uitgesloten. (...) Wij willen te dezer plaatse in geen onderzoek deswege treden, maar handelende over het Nederlandsch Burgerlijk Regt, ook die regten als zakelijke regten erkennen, die door het B.W. als zoodanig erkend zijn."

38 § 89: "De wet kent echter ook zakelijke regten, die hier niet bij name genoemd zijn, en vandaar dat men dit art. van onvolledigheid beschuldigd heeft. Dit vervalt intusschen, wanneer men aanneemt, dat de zakelijke regten hier zijn aangeduid door de opnoeming der hoofdsorten, onder sommige van welke onderscheidene gelijksoortige regten begrepen zijn." Vgl. de eerste druk 1846, op p. 48: "De wet kent echter ook zakelijke regten, die hier niet bij name genoemd zijn, en van daar dat men dit artikel van onnauwkeurigheid beschuldigd en die andere regten als overgeslagen beschouwd heeft. Dit vervalt intusschen, wanneer men aanneemt, dat de zakelijke regten hier generisch zijn opgenoemd, zoodat de afzonderlijke gelijksoortige regten onder eene algemeene benaming begrepen zijn." Zie verder nog uitvoeriger Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, VI, 1<sup>e</sup> druk 1880 en 2<sup>e</sup> druk 1886, p. 9-11.

39 Zie ook zijn beschouwing over de rechtsgevolgen van bezit, in § 177, p. 75, in de paragraaf 'Van het bezitregt in het algemeen': "Het bezit, op zich zelf eene geheel feitelijke betrekking, die als zoodanig uit en door zich zelve geene bron van regten zijn kan, is dit alleen uit kracht van de wet. Alle regten, die aan het bezit verbonden zijn, zijn dat ten gevolge van de bepalingen der wet. En hieruit volgt, dat, gelijk men aan den eenen kant het begrip van bezit moet vaststellen naar hetgeen de wet daaronder verstaat, zoo ook aan den anderen kant het bezitregt geheel overeenkomstig de wet moet bepaald worden, en dat aan het bezit geene regten verbonden zijn

De wat algemenere opzet van zijn werk uit 1880 maakte het voor Diephuis mogelijk om verder in te gaan op de vraag of buiten de wet nog andere typen zakelijke rechten konden bestaan. Opnieuw was het uitgangspunt de vraag wat moest worden verstaan onder het begrip 'zakelijk recht', mede op basis van de opsomming in art. 584:

'Welke zakelijke regten men op eene zaak kan hebben, hangt af van de bestaande wet Bij de vraag, of eenig regt als een zakelijk regt beschouwd moet worden, komt het daarop aan, of dat regt naar de bestaande wet geacht moet worden dat karakter te bezitten, en dus als zoodanig te worden erkend Daartoe is niet noodig, dat het door de wet uitdrukkelijk als zoodanig is gequalificeerd, het regt van beklemming, ten aanzien waarvan zulks niet is geschied, moet daarom even goed als een zakelijk regt worden aangemerkt, [als de rechten], die in de daarvan gegeven bepalingen zakelijke regten zijn genoemd'<sup>40</sup>

Diephuis gaf hier een ruime interpretatie aan het wetsbegrip: niet de letter van de wet maar de strekking van de wet is maatgevend voor de kwalificatie van rechten als zakelijke rechten.<sup>41</sup>

Dit betekende volgens Diephuis echter geenszins dat het een rechthebbende vrijstond nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, zo blijkt uit de daarop volgende passage. Diephuis vermeldde daar dat in een wet van 13 juni 1857 was bepaald dat een jachtrecht of een visrecht bij vervreemding van de eigendom van de grond of van het water niet kon worden afgescheiden, zodat op grond van deze bepaling wel bij vergunning een persoonlijk recht om te jagen of te vissen kon worden verleend, maar geen

---

en kunnen worden, die de wet daaraan niet verbindt Wat buiten de wet niet bestaat, kan ook alleen aan haar ontleend worden " Vgl opnieuw de afwijkende formulering in de eerste druk uit 1846, p 102 "Wij hebben gezien dat het bezit op zich zelf eene geheel feitelijke betrekking is, die als zoodanig uit en door zich zelve geene bron van regten zijn kan, maar het slechts wordt ten gevolge van de bepalingen der wet Alle regtsgevolgen van het bezit zijn dus een gevolg van de wet En hieruit volgt, dat, gelijk men aan den eenen kant het begrip van bezit moet vaststellen, naar hetgeen de wet daaronder verstaat, zoo ook aan den anderen kant het bezitregt geheel overeenkomstig de wet moet beoordeeld worden, en dat aan het bezit geene regten verbonden zijn en kunnen worden, die de wet daaraan niet verbindt Wat buiten de wet niet bestaat, kan ook slechts aan de wet ontleend worden "

40 Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, band VI, 1<sup>e</sup> druk 1880 en 2<sup>e</sup> druk 1886, p 8 De woorden tussen vierkante haken zijn voor de leesbaarheid toegevoegd

41 Diephuis en Opzoomer, evenals later Land, plegen te worden aangemerkt als de belangrijkste vertegenwoordigers van het legisme in Nederland Zie P C Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap - Legisme in de Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, 1982 De mate waarin deze auteurs als legist worden aangemerkt, is uiteraard afhankelijk van de inhoud die gegeven wordt aan het begrip legisme Zie over het legisme van Diephuis en Opzoomer uitvoerig C J H Brunner, J H A Lokin en W J Zwolve, in G Diephuis en C W Opzoomer 1892-1992, GOM IX (1992)

zakelijk jacht- of visrecht meer gevestigd kon worden. Deze bijzondere wettelijke bepaling verwoordde volgens Diephuis een algemeen beginsel:

"En ook waar zoodanige verbodsbepaling niet in den weg staat, zal evenwel, bij al de vrijheid, die een eigenaar heeft om over zijn goed te beschikken, en waartoe hij dan ook een ander een regt kan geven ten aanzien van zijn goed, geen regt door hem als zakelijk regt kunnen worden verleend, waaraan dit karakter niet overeenkomstig de bepalingen der wet moet of mag worden toegekend \* Hij kan een regt verleenen, dat naar zijn aard gebragt moet worden tot een der regten die de wet als zakelijk erkent, en daarom ook als zoodanig moet worden aangemerkt, hij kan niet aan een regt, dat niet op grond der wet als een zakelijk regt beschouwd moet worden, dat karakter geven door het daaraan toe te kennen En al is voor de vestiging van een zakelijk regt eene overschrijving van den titel in de daarvoor bestemde openbare registers noodig, die overschrijving is niet in staat om een regt, dat op zich zelf dat karakter niet bezit, tot een zakelijk regt te maken"<sup>42</sup>

Er zijn nauwelijks duidelijker bewoordingen denkbaar dan in deze passage uit 1880 door Diephuis gekozen om de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten tot uitdrukking te brengen. Voor partijautonomie is bij de kwalificatie van de aard van rechten geen plaats; alleen de wet is bepalend voor de zakelijke aard van een subjectief recht.

### 3.4.2.2 Demolombe

Op dit punt is het opportuun een uitstapje te maken naar de Franse doctrine, in het bijzonder Demolombe, aangezien Diephuis in de geciteerde cruciale passage uit 1880 instemmend naar hem verwijst. J. C.F. Demolombe (1804-1887) publiceerde halverwege de 19<sup>e</sup> eeuw een dertendelige serie, die is opgezet als hoorcolleges over de Franse Code civil. Deze serie, die verscheen tussen 1854 en 1882, was aanvankelijk getiteld *Cours de Code Civil* maar vanaf het 9<sup>e</sup> deel *Cours de Code Napoléon*. De opzet als hoorcolleges heeft tot gevolg dat niet de wettelijke bepalingen één voor één worden geanalyseerd, maar dat het recht thematisch wordt becommentarieerd.

De voor de numerus clausus relevante band IX werd gepubliceerd in 1854. De beschouwingen over de numerus clausus vormen een intermezzo na beschouwingen over de onderscheidingen van zaken en vóór een bespreking van het eigendomsrecht.<sup>43</sup> Het bestaat uit de beantwoording

42 Diephuis, a w , p 8-9 Op de plaats van de asterisk in het citaat is een voetnoot opgenomen met verwijzing naar, "in gelijken geest", Demolombe, IX, n 511 en v , en naar de afwijkende opvattingen van Toulhier, III, n 96, en Laurent, VI, n 84

43 C Demolombe, *Cours de Code Napoleon*, band IX, *De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 1854, nrs 462-532, p 351-470

van vier vragen, ten eerste de vraag wat een zakelijk en wat een persoonlijk recht is, ten tweede de vraag hoeveel en welke zakelijke rechten in de Code Napoléon als rechtsgeldig zijn erkend, ten derde de vragen welke oude zakelijke rechten in de oude Franse jurisprudentie waren ontwikkeld en welke daarvan waren afgeschaft, veranderd of gehandhaafd in bijzondere wetgeving, en tot slot ten vierde de uitdrukkelijke vraag waar het ons om gaat:

"IV Les particuliers peuvent-ils, au gré de leurs volontés et de leurs convenances, changer ou modifier les droits réels établis par le Code Napoléon, c'est-à-dire créer des droits réels autres que ceux que le Code a établis?"

Demolombe vermeldt direct dat deze vraag bevestigend pleegde te worden beantwoord:

"On applique à ce sujet la grande règle que tout ce qui n'est pas défendu est permis",

alleen de openbare orde zou grenzen stellen aan de vrijheid om over goederen te beschikken zoals men wenst.<sup>44</sup> Daarbij beschrijft Demolombe uitvoerig de Franse rechtspraak destijds, waarin dit uitgangspunt duidelijk terug te vinden was.<sup>45</sup>

Dan gaat Demolombe over tot een afweging van de merites van dit uitgangspunt van vrijheid om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren en

44 Demolombe, nr 511, p 447, met verwijzing in nr 513 naar Toullier. De door Diephuis vermelde en door Demolombe in nr 513 geciteerde passage bij C B M Toullier, *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du code*, deel III, 3<sup>e</sup> druk 1820, § 96, p 52, luidt als volgt. "Mais si on demande quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer, il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (544), il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il veut, en un mot démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ou à l'ordre public (544-686). Ainsi, dans cette manière, on suit le principe général tout ce qui n'est pas défendu est permis." Dit uitgangspunt staat tegenover *der negativer Satz* uit de 19<sup>e</sup> eeuwse Duitse doctrine, die in § 814 nog ter sprake komt.

45 Demolombe, nr 513, p 448. "Et le même principe se trouve formulé avec une égale généralité d'expressions, dans les monuments de la jurisprudence." Hij vermeldt twee monumenten, ten eerste het arrest van la Cour de cassation uit 1834 in de zaak Caquelard, dat uitvoeriger wordt besproken in § 43, en ten tweede een uitspraak uit Amiens, 2 december 1835, D 1836, II, 198, inzake Bezannes. "Attendu que la transmission de la propriété par contrat est susceptible de toutes les conditions et stipulations qui n'ont rien de contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public." In nr 514 bespreekt Demolombe een grote hoeveelheid jurisprudentie inzake splitsing van eigendom, gerangschikt naar de aard van het erkende zakelijke recht.

om naar eigen believen een wijze te kiezen voor de beschikking over een eigendomsrecht. Hij onderkent de praktische voordelen van deze vrijheid, maar maakt vervolgens een principieel bezwaar, zo blijkt uit het volgende citaat, waarin de stem van de meester doorklinkt:

"La doctrine que nous venons d'exposer se recommande assurément par des considérations très-puissantes; et l'on peut remarquer qu'il en résulte cet avantage social que les mêmes biens peuvent en même temps servir à un plus grand nombre de personnes, et qu'elle favorise dès lors, en même temps que les intérêts de l'agriculture, de l'industrie et du commerce

Il faut convenir toutefois, d'un autre côté, que la multiplicité des droits réels et surtout le concours simultané, et, si j'osais dire ainsi, l'enlacement et l'enchevêtrement de ces droits sur les mêmes biens, sont une source féconde de complications et de procès, et peuvent ainsi nuire beaucoup à la bonne exploitation et à la libre circulation des propriétés.

Mais ce n'est pas seulement sous ce point de vue, et en ce qui concerne ses conséquences et ses applications, que nous voulons examiner cette doctrine. C'est au principe même sur lequel elle repose, que nous croyons devoir nous attaquer, ou du moins la formule, selon nous, trop absolue, par laquelle ce principe y est représenté.

On dit que les articles 526 et 543 ne sont pas limitatifs, et qu'il est permis aux particuliers de créer autant de droits réels et de faire autant de décompositions et de fractionnements du droit de propriété, que bon leur semble.

Eh bien! précisément, c'est là une proposition qui ne nous paraît, dans sa généralité, nullement exacte. Et voici notre principal argument:

Les particuliers ne peuvent pas, bien entendu, par leurs conventions ni par leurs dispositions, changer les lois qui concernent l'ordre public (art. 6, 1133, 1172, etc.); et au nombre de ces lois, il faut évidemment ranger celles qui intéressent les tiers, le *public*, la sécurité des conventions, le mode de transmission des biens (*voy.* notre t. I, nos 18 et 107);

Or, la loi qui détermine et organise les droits réels, dont les biens seront susceptibles, intéresse sans doute au plus haut degré, les tiers, le public, le mode des transmissions des biens, la sécurité des conventions,

Donc elle est une loi d'ordre public; donc les particuliers ne la peuvent pas changer, donc une telle loi, dans l'énumération des droits réels qu'elle reconnaît, doit être nécessairement considérée comme limitative."<sup>46</sup>

Demolombe zoekt hier de rechtvaardiging voor de *numerus clausus* in de aard van de regels van het goederenrecht; de tegenwerpelijheid aan derden van de goederenrechtelijke rechten en van de wijzen van verkrijging en verlies van rechten dwingt principieel tot een gesloten systeem. In deze redenering bestaat derhalve in het goederenrecht in beginsel geen ruimte voor partijautonomie.

Demolombe beperkt zich niet tot deze conclusie, maar zet zijn college voort met een onderzoek naar de consequenties van het limitatieve karak-

ter van de wettelijke opsomming van de zakelijke rechten. Alle zakelijke rechten zouden moeten kunnen worden ondergebracht in één van de drie in art. 543 Cc genoemde klassen, ofwel een eigendomsrecht, ofwel een *droit de jouissance*, te verstaan als het recht van vruchtgebruik en het recht van gebruik en bewoning, ofwel een *service foncier* hetgeen wil zeggen 'une servitude réelle'. Ieder van deze drie soorten rechten heeft haar eigen karakteristieke eigenschappen: het eigendomsrecht is absoluut en eeuwigdurend; vruchtgebruik is verbonden aan een persoon en eindigt met haar, of althans, blijft niet langer voortbestaan dan een bepaald aantal jaren; en een service foncier kan slechts bestaan indien sprake is van een erf dat is belast ten nutte van een ander erf.<sup>47</sup> Het is vervolgens aan de rechterlijke macht om op basis van deze kenmerkende eigenschappen te onderzoeken of een door partijen gecreëerd recht is onder te brengen in één van de drie wettelijke categorieën en derhalve kan worden erkend als zakelijk recht.<sup>48</sup> De door partijen gekozen benaming van het door hen gecreëerde recht speelt hierbij alleen in geval van twijfel een rol als indicatie welk zakelijk recht is beoogd.<sup>49</sup>

Demolombe past deze benadering vervolgens ook toe door te onderzoeken in hoeverre de destijds in de rechtspraak erkende zakelijke rechten waren te plaatsen binnen de wettelijke categorieën. Hij concludeert

---

47 A.w., nr. 521. Uit nr. 523 blijkt dat het opstalrecht werd aangemerkt als een eigendomsrecht, *une propriété superficiare*, geregeld in art. 553 Cc.

48 Aldus nr. 520, p. 458: "Les applications sont ensuite du domaine des magistrats; c'est à leur sagacité et à leur expérience qu'il appartient de discerner, dans chaque espèce, le véritable caractère du droit qui a été établi, et de le considérer, suivant les cas, soit comme un droit de propriété, soit comme un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, soit enfin comme une servitude réelle. (..) Il faut bien remarquer, en effet, qu'il ne s'agit pas uniquement, dans ces sortes d'affaires, d'une simple question de fait; la question de droit y est, au contraire, presque toujours engagée plus directement qu'en aucune autre occasion. Sans doute, c'est aux magistrats qu'est dévolue la mission d'apprécier, en fait, le caractère du droit en question, et de le classer en conséquence. Mais il est évident que cette appréciation et ce classement doivent se faire d'après les règles juridiques et eu égard au caractère essentiel, qui distingue chacune des espèces de droits réels reconnues par l'article 543."

49 T.a.p.: "Les dénominations, plus ou moins exactement employées par les parties, ne pourraient, à cet égard, fournir un argument décisif; ce n'est pas qu'il ne faille, en cas de doute, les prendre en considération pour décider quelle espèce de droit elles ont eu l'intention de créer; les mots dont elles se sont servies, peuvent alors, c'est-à-dire en cas de doute et d'obscurité, être eux-mêmes une révélation de leur volonté. Mais c'est, avant tout, dans les éléments constitutifs du droit qui est en question, que doit être recherché son véritable caractère." Zie ook nr. 522: "Cela posé, il est évident qu'il ne saurait dépendre des parties, en appelant du nom de propriété un simple droit d'usufruit ou d'usage, d'en faire un droit transmissible et perpétuel, pas plus que de créer, sous la fausse dénomination de propriété, une servitude perpétuelle à la charge d'un fonds et au profit d'une personne."



dat de meeste min of meer aansluiten bij de wettelijke soorten.<sup>50</sup> In sommige gevallen is echter sprake van een ontoelaatbare afwijking van het systeem van het goederenrecht, aangezien de fundamentele eigenschappen van de wettelijke typen zich niet in het erkende recht laten onderkennen. Het gaat om varianten van het eigendomsrecht waarbij geen sprake is van feitelijke splitsing van de zaak en evenmin van een vorm van mede-eigendom van de gehele zaak, eventueel met nadere afbakening van de gebruiksbevoegdheden.<sup>51</sup> Demolombe betwist vooral de rechtsgeldigheid van een eeuwigdurend jachtrecht als bijzonder eigendomsrecht en van het niet in de Code civil erkende recht van erfpacht, in het Frans l'emphytéose genoemd. Aangezien het destijds reeds alom in de rechtspraak erkende recht van erfpacht volgens Demolombe meer was dan een recht van vruchtgebruik en minder dan een eigendomsrecht, viel het buiten de grenzen van de ruimte die de wet bood aan partijen bij de vestiging van zakelijke rechten:

"Or, la convention ou la disposition des particuliers est impuissante à créer un tel droit, puisque ce n'est qu'au législateur lui-même qu'il appartient d'autoriser les différentes décompositions de la propriété qu'il croit pouvoir admettre."<sup>52</sup>

Voor Demolombe stond derhalve de wil van de wetgever voorop; de autonomie van partijen bij de vestiging en de vormgeving van zakelijke rechten bestaat slechts voor zover de wet daarvoor ruimte biedt. Bijzondere vormen van zakelijke rechten zijn alleen door de rechterlijke macht rechtsgeldig te achten, indien zij wezenlijke gelijkenis vertonen met de in de wet geregelde typen.

Worden de beschouwingen van Diephuis uit 1880 na lezing van Demolombe opnieuw bezien, dan valt op dat Diephuis slechts de hoofdlijnen van het betoog van Demolombe in zijn opmerkingen heeft neergelegd. Vooral ontbreekt de analyse van jurisprudentie over bijzondere typen zakelijke rechten, terwijl ook in Nederland reeds vonnissen en arresten waren geweest die aan oude en reeds afgeschafte typen rechten en aan nieuwe varianten van oude en nog bestaande rechten rechtsgeldigheid als zakelijke rechten hadden verschaft. Bovendien heeft Diephuis zich be-

---

50 Aldus nr. 520, p. 458.

51 Zie nr. 525 e.v.

52 A.w., nr. 529, vooraf gegaan door de volgende passage: "Les parties peuvent sans doute modifier et décomposer, à leurs gré, le droit de propriété, mais sous cette condition essentielle, à savoir: que le droit, qu'elles veulent établir, sera lui-même soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, soit une servitude."

perkt tot een stellingname; van de meeste argumenten ter rechtvaardiging van het standpunt van Demolombe is bij Diephuis niets terug te vinden. Dientengevolge lijkt hij terug te vallen op het formele en legistische argument van het primaat van de wet, terwijl Demolombe juist een materiële rechtvaardiging voor een gesloten systeem had aangedragen.

Toch kan worden aangenomen dat Diephuis inderdaad sterk door Demolombe geïnspireerd is geweest, en dit niet alleen omdat Diephuis instemmend naar Demolombe verwijst. Ook al fundeerde Diephuis zijn standpunt inzake de *numerus clausus* niet even expliciet als Demolombe op de aard en het karakter van de in de wet geregelde zakelijke rechten, toch klinkt van dit argument een zwakke echo bij Diephuis door. Verder is het opvallend dat Diephuis evenals Demolombe de toch wat curieuze rechten als het jacht- en het visrecht koos als basis voor zijn opmerkingen over de *numerus clausus*.

Hiermee zijn we aan het einde gekomen van de excursie naar de Franse doctrine. Het bezoek aan Demolombe, die naar zal blijken in het rechtsvergelijkende hoofdstuk binnen de Franse doctrine een dissident was, heeft geleerd dat zijn analyse van het Franse recht op basis van de Code Napoléon in de eerste helft van de 19e eeuw van grote invloed is geweest op de Groningse geleerde Diephuis.<sup>53</sup> Aangezien Diephuis kan worden beschouwd als de eerste krachtige vertolker van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten in Nederland, is hiermee een Franse doctrinaire bron van de *numerus clausus* in Nederland blootgelegd.<sup>54</sup>

### 3.4.2.3 Opzoomer

Het primaat van de wet bij de kwalificatie van subjectieve rechten is ook te vinden in het werk van de volgens Lokin omnisciënte C.W. Opzoomer (1821-1892). Zijn grote artikelsgewijze commentaar, getiteld 'Het Burgerlijke Wetboek verklaard', is pas tussen 1865 en 1885 gepubliceerd.<sup>55</sup> Het is

53 J.H.A. Lokin, *Die Rezeption der Code Civil in den nördlichen Niederlanden*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 932-946, tevens in GOM XXI (2004), beschrijft dat Diephuis aanvankelijk vooral door het Franse recht beïnvloed is geweest en het Romeinse recht als zodanig als argument verwierp. Opzoomer daarentegen richtte zich van meet af aan veel meer naar de Duitse doctrine en dus naar het destijds in Duitsland nog geldende Romeinse recht.

54 Diephuis had de *numerus clausus* al in zijn eerste werk verwoord. Daarvan verscheen de eerste druk in 1846 maar de tweede druk in 1857. Het is dus mogelijk dat Diephuis reeds bij de herziening van de eerste druk van dit eerste werk kennis heeft genomen van het werk van Demolombe. In ieder geval is door Diephuis in zijn artikelsgewijze commentaar uit 1857 niet naar Demolombe verwezen, evenmin overigens als naar veel andere auteurs, zeker buitenlandse.

55 Het zakenrecht is te vinden in het Derde Deel, Art. 555-783, gepubliceerd in 1871.

echter voorafgegaan door een vrijwel gelijknamige voorstudie uit 1850, waarin de meest puntige van de relevante passages reeds woord voor woord zijn te vinden.<sup>56</sup> Opzoomer besteedde hierin al aandacht aan de opsomming van rechten in art. 584 BW Oud, maar volstond met het oordeel dat de opsomming slechts een inleidend karakter zonder praktisch belang had.<sup>57</sup> De vraag of ook nieuwe typen zakelijke rechten konden worden gevestigd, kwam hierbij niet aan de orde.

Toch is ook bij Opzoomer een passage te vinden die duidelijk maakt dat ook voor hem de wet allesbepalend was. In het kader van art. 626 Oud BW, dat de omvang van het eigendomsrecht van grond betrof, behandelde Opzoomer de vraag of het mogelijk was dat de eigenaar van een stuk grond aan een ander de eigendom van daarop staande gebouwen toekende. Het was duidelijk dat een eigenaar in staat was om ten behoeve van een ander een beperkt zakelijk recht te vestigen, zoals in Nederland het opstalrecht. Het ging daarbij echter om rechten ten aanzien van de zaak van een ander. De toekenning van een eigendomsrecht op een gebouw was een andere kwestie. Voor Opzoomer was het maar de vraag of een eigenaar bevoegd en in staat was om een gesplitst eigendomsrecht in het leven te roepen, terwijl de wet het niet kende.

"Het is waar: de eigenaar kan over zijn goed beschikken; maar kan hij ook regten vestigen, die met de wet in strijd zijn? Het is waar: overeenkomst strekt aan de partijen tot wet; maar kan zij buiten de feitelijke gevolgen ook den aard van het regten bepalen? Ik kan een ander al het genot, dat de gebouwen op mijn grond, of de stoffen die in mijn grond zijn, verschaffen kunnen, krachtens mijn eigendom overdragen, maar kan ik maken, dat het regt, door dien andere verkregen, juist het regt van eigendom is? Voorzeker niet. De qualificatie in regten van de betrekking, door onze overeenkomst geboren, is niet onze zaak, maar alleen die der wet."<sup>58</sup>

---

56 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek - Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*, tweede deel, 1850.

57 Opzoomer, a.w., 1850, p. 13-14: "Ware dit artikel meer dan een inleiding tot de verdeling der volgende titelen van dit boek, had het dus een praktische strekking, meer dan een wetenschappelijke waarde of onwaarde, het zou tot menige vraag aanleiding geven, zooals of men onder pand en hypotheek ook privilegie moet verstaan, of onder vruchtgenot ook het tiendregt met de regten van opstal en erfpacht, het vruchtgebruik, het gebruik en de bewoning begrepen is, en of deze beslissing ook niet behoort te worden uitgebreid tot grondrenten en het regt van belemming, zoo dit ten minste als een zakelijk regt mag beschouwd worden. Maar gelukkig heeft de praktijk met dit artikel niets te maken. Er wordt in het regt van grondrenten of tienden, van privilegie of belemming niet het allerminste veranderd, om het even of het in dit artikel begrepen zij of niet."

58 Opzoomer, a.w., 1850, p. 65-66. De passage is vrijwel ongewijzigd overgenomen in het alomvattende commentaar dat Opzoomer later schreef, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, Art. 555-783, 1871, p. 288; alleen zijn de regten vervangen door rechten.

In deze passage wordt de *numerus clausus*-gedachte door Opzoomer niet uitdrukkelijk verwoord, maar wel staat voorop dat alleen de wet de grondslag kan verschaffen voor de rechtsgeldigheid van subjectieve rechten en dat de wet bepalend is voor de aard van door partijen in het leven geroepen rechten.

### 3.4.2.4 Juridische Spectator

In de geciteerde opmerkingen van Diephuis en Opzoomer, uit 1846 en 1857 respectievelijk 1850, is het primaat van de wet verwoord, zonder dat veel inzicht werd gegeven in de argumenten en in afwijkende zienswijzen. Een artikel in het *Rechtsgeleerd Bijblad* uit 1877, dat dus is verschenen na de eerste commentaren van Diephuis en Opzoomer maar voorafgaande aan de uitvoerige bespreking van de *numerus clausus* door Diephuis in 1880, geeft een veel grondiger analyse van het vraagstuk en kan daarom worden beschouwd als het begin van de discussie over de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten in de Nederlandse literatuur.<sup>59</sup> De bijdrage is geschreven onder het pseudoniem 'Juridische Spectator'.<sup>60</sup> Het artikel, dat zeer grondig is en helder geschreven, vormt eigenlijk een commentaar op een ervóór gepubliceerd vonnis van de rechtbank Rotterdam van 23 april 1877, inzake een recht van dijkettinge.<sup>61</sup> Daarin had de rechtbank geoordeeld dat de 'opnoeming' van zakelijke rechten in art. 584 'niet limitatief maar enunciatief' moest worden opgevat en dat het

59 'Juridische Spectator', Kunnen onder vigeur van het Burgerlijk Wetboek andere zakelijke rechten in het leven worden geroepen dan die, welke bij de wet uitdrukkelijk als zoodanig erkend zijn?, in *Rechtsgeleerd Bijblad*, behorende tot de nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving, Nieuwe reeks, derde deel, 1877, afdeeling A, geredigeerd door S. J. Hingst, p. 232-240

60 Het is verleidelijk te speculeren over de vraag wie achter dit pseudoniem schuil ging. Onder de naam 'De Juridische Spectator' is tussen 1874-1876 een juridisch tijdschrift uitgegeven, het eerste waarin jurisprudentie structureel van annotaties werd voorzien. Zie hierover C. J. H. Jansen, *Popularisering van het recht in Nederland - Enige beschouwingen over de kloof tussen recht en volk in het laatste kwart van de 19<sup>e</sup> en in het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw*, TvRg 63 (1995), p. 130. Volgens J. P. Fockema Andreae, *Moderne Praetuur? - Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming*, 1907, p. 151, onderschreven door Jansen, noot 51, was J. E. Goudsmit het brein achter dit tijdschrift. Wellicht heeft hij later in 1877, na het bezwijken van zijn tijdschrift, de titel gebruikt als pseudoniem. Goudsmit (1813) stierf immers pas in 1882. Tegen dit vermoeden pleit dat geen opmerkingen van gelijke strekking zijn te vinden in het belangrijkste werk van Goudsmit, *Pandecten-Systeem*, waarvan deel I dateert uit 1866, maar deel II uit 1880. Hierbij dient echter weer te worden aangetekend dat de zakelijke rechten niet in dit werk van Goudsmit aan de orde komen.

61 *Rechtsgeleerd Bijblad*, 1877, afd. A, p. 229-232, ook gepubliceerd in W. 4108. Het vonnis is reeds geciteerd in een noot bij § 2.3.2.

nergens in de wet verboden was om ook andere zakelijke rechten te scheppen of om in de eigenschappen van de wel door de wetgever geregelde zakelijke rechten wijzigingen aan te brengen.

De Spectator erkent dat de wet niet verbiedt andere zakelijke rechten te scheppen dan in art. 584 zijn 'opgenoemd', maar werpt vervolgens de vraag op of hieruit ook volgt "dat dit ieder vrijstaat?". Door de vraag zo te formuleren, werd de kwestie vakkundig uit het enge wettelijke kader van art. 584 gelicht en in algemene termen ter discussie gesteld. De stelling van de Spectator was dat een algemene vrijheid om nieuwe zakelijke rechten te scheppen, niet bestond:

"Een zakelijk recht, noch in art. 584 B.W. noch elders in onze wetten als zoodanig uitdrukkelijk erkend, is naar onze meening onder vigeur van ons tegenwoordig burgerlijk recht niet bestaanbaar."

De Spectator keerde zich aldus tegen het gerapporteerde vonnis van de rechtbank Rotterdam en vermoedelijk eveneens, zo erkent hij zelf, tegen een arrest van de Hoge Raad uit 1855.<sup>62</sup>

De argumenten voor deze stelling zijn zowel rechtshistorisch als wets-exegetisch. Hugo de Groot, Kemper en Opzoomer passeren de revue. In het oud-Hollandse recht blijkt geen steun te vinden voor de stelling dat het niet aan eenieder vrijstaat om nieuwe zakelijke rechten te scheppen; de opsommingen en de onderscheidingen in de Inleidinge van De Groot zijn eerder enunciatief dan limitatief van aard. Vervolgens wordt art. 973 van Kempers Ontwerp 1820 geciteerd, dat uiteraard geen ruimte voor twijfel laat. Ook verwijst de Spectator naar het derde deel van Opzoomer. Weliswaar is daarin niet in algemene zin gesteld dat naast de wettelijke typen geen zakelijke rechten bestaanbaar zijn, maar de Spectator stelt dat Opzoomer niet alleen de vestiging van een jachtrecht als de schepping van een persoonlijke verbintenis kenschetste, maar ook de rechten van erfpacht en opstal aanmerkte als zakelijke rechten louter omdat de wet ze als zodanig uitdrukkelijk kenmerkt.<sup>63</sup>

---

62 Het gaat om HR 2 november 1855 inzake het visitatiegeld, genoemd in een noot bij § 2.3.4. In dit arrest was geoordeeld "dat bij de artt. 584, 564 B.W. wel het zakelijke van sommige rechten is aangenomen, maar daaruit geenszins is af te leiden, dat er buiten deze geene andere zakelijke rechten zouden bestaan en als zoodanig kunnen worden erkend". De annotator zegt hierover in noot 1: "Schoon *deze* uitspraak niet in strijd is met het door ons aangenomen beginsel, was waarschijnlijk de bedoeling dezelfde als die der Rotterdamsche Rechtbank."

63 Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, 1871, p. 426-427 respectievelijk 449. Ook hierboven geciteerde passage op p. 288 uit dit deel, die ook reeds in de uitgave uit 1850 op p. 65-66 was opgenomen, had vermelding verdiend, maar deze lijkt over het hoofd te zijn gezien.

Vervolgens doet de Spectator ter onderbouwing van zijn stelling een beroep op de aard van de wet en de exclusiviteit van de wet als rechtsbron in het Nederlandse recht:

"De wet is bij ons de bron, de eerste grond van alle burgerlijke rechten en verplichtingen. De rechter heeft volgens de wet recht te spreken, geene aanspraak vindt bij hem steun dan die op eenig wetsvoorschrift gegrond is. Waar nevens de wet ook andere rechtsbronnen bestaan, moeten ook deze door den rechter worden geraadpleegd; niet zoo bij ons. Wie aanspraak maakt op eerbiediging van een door hem beweerd recht, moet aantonen, dat hij dat *recht heeft*, m.a.w. dat hij het op wettige wijze, d.i. *volgens de wet* verkregen heeft.

Wanneer iemand dus vordert in het genot van eenig zakelijk recht te worden gehandhaafd, dan is het niet in de eerste plaats de vraag: is het vestigen van dat recht *verboden*? Immers zoolang nog slechts zulk een *verbod ontbreekt*, is er nog *niets*, en dus ook niets, waaraan men de gemaakte aanspraak zou kunnen ontleenen. Het is dan in de eerste plaats de vraag: *veroorlooft* de wet in het algemeen het vestigen van zulke rechten, als in de wetenschap als zakelijke worden aangeduid? zoo ja. is dan het quaestieuze recht verboden? Maar zoo neen: is dan althans het vestigen van het *quaestieuze recht toegestaan*?"<sup>64</sup>

De eerste vraag nu, of de wet in het algemeen het vestigen van zakelijke rechten veroorloofde, kan volgens de Spectator niet anders dan ontkenkend beantwoord worden. Dit blijkt volgens hem reeds uit het oude burgerlijke wetboek zelf. In art. 584 kan geen algemene erkenning der zakelijke rechten worden gevonden, ook al behoeft het niet streng limitatief te worden opgevat. De term 'vruchtgenot' duidt weliswaar in het algemeen op ieder recht waardoor men genot heeft van de vruchten van eens anders goed, maar toch blijkt uit andere bepalingen van het wetboek dat daaronder alleen die bepaalde rechten van vruchtgenot zijn te verstaan, die in de wet in het bijzonder als zakelijke rechten zijn erkend.<sup>65</sup> Gewezen wordt op art. 564 dat bij de opsomming van de onroerende goederen niet in het algemeen 'de zakelijke rechten' vermeldde, maar speciaal en uitsluitend enige met name genoemde rechten, zoals het recht van vruchtgebruik van onroerende zaken en de erfdienstbaarheden. Op vergelijkbare wijze werden in art. 1210 Oud BW en art. 491 Rv de voor hypotheek respectievelijk executie vatbare zakelijke rechten met name genoemd.<sup>66</sup> De

64 R. Bijblad, p. 235.

65 T.a.p.; hierbij wordt verwezen naar Asser, Het Ned. Burg. Wetb. enz. § 335.

66 De commentator noemt op p. 235 ook en als eerste art. 721 lid 2 BW, "dat *verbiedt* op een erf dienstbaarheden ten behoeve van een persoon te vestigen"; "overeenkomsten op het vestigen van dergelijke rechten gericht kunnen derhalve alleen persoonlijke verbintenissen doen ontstaan", met verwijzing naar Opzoomer, aant. bij dit artikel. Het is mij niet duidelijk hoe dit artikel ter ondersteuning kan dienen van de stelling dat de wet steeds opsommingen van specifieke zakelijke rechten gaf en nergens de zakelijke rechten in het algemeen noemde. Bovendien pleit de *verbodsbepa-*

conclusie van de Spectator is dus: "in geen wetsartikel wordt in het algemeen de bevoegdheid gegeven om 'zakelijke rechten' te vestigen."

Het ontbreken van een algemene toekenning van de bevoegdheid om bij overeenkomst zakelijke rechten te vestigen wordt vervolgens afgezet tegen "de wel degelijk, in het derde boek, als regel erkende verbindende kracht der obligatoire, *verbintenis*-scheppende overeenkomsten (artt. 1269, 1355, 1374)".

"Men zal niet beweren dat uit dezen regel de bevoegdheid, om bij overeenkomst zakelijke rechten te scheppen, is af te leiden. Immers de in het derde boek bedoelde overeenkomsten strekken alleen aan diegenen, die dezelve hebben aangegaan, tot wet, zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen (artt. 1374, 1376). Met de laatsten worden wel is waar hare erfgenamen en 'rechtverkrijgenden' gelijk gesteld, maar zoo men onder 'rechtverkrijgenden' ook wilde begrijpen hen, die den oorspronkelijk gerechtigde of verbondene in den eigendom eener enkele zaak waren opgevolgd, waarmede dan tevens de actieve of passieve verbintenis op dezen zou zijn overgegaan, dan zou daartoe toch noodig zijn het bestaan van een band tusschen de verbintenis en de zaak, daar er anders geene enkele reden ware, waarom de verbintenis juist op *dien* rechtverkrijgende zou overgaan. Derhalve zou dan uit de overeenkomst niet alleen de verbintenis, maar tevens de band tusschen deze en de bepaalde zaak moeten zijn ontstaan, en dat een dergelijke band, d.w.z. een zakelijk recht, door overeenkomst ontstaan kan (buiten de bepaalde in de wet opgenoemde gevallen), is juist wat bewezen moet worden."<sup>67</sup>

In dit argument voor de stelling van de Spectator dat het partijen niet vrijstaat nieuwe buitenwettelijke typen zakelijke rechten te scheppen, is duidelijk het contrast tussen zakenrecht en verbintenissenrecht terug te vinden dat ook in het Savigniaanse systeem ingebakken zit. En passant wordt ook de vraag beantwoord of verbintenissen ten aanzien van een zaak overgaan op rechtsverkrijgers onder bijzondere titel, en wel op principiële wijze, want vanuit een duidelijke algemene 'onderstelling'. Toch was dit geschil nog niet definitief beslecht; zoals nog zal blijken, was daarvoor nog een groot artikel van Feith nodig en ruim 25 jaar later een groot arrest van de Hoge Raad.

De stelling van de Spectator is tot hier toe gebaseerd op een verklaring van de tekst van de wet, zij het met veel verwijzingen naar andere exegeten. Ten slotte onderzoekt hij ook grondig de 'geschiedenis harer wording'. De beraadslagingen bij de voorbereiding van het zakenrechtelijk deel van het BW van 1838, in het bijzonder over de rechten van opstal en erfpacht, plegen te worden afgedaan als verward en niet ter zake doen-

---

ling in art. 721 lid 2 BW juist tegen de vlak daarvoor geponeerde stelling dat alleen kan wat door de wet wordt geoorloofd; een wettelijke verbodsbepaling past beter bij een stelsel waarin alles mag tenzij het door de wetgever is verboden.

67 A.w., p. 236.

de.<sup>68</sup> De Spectator vermeldt de analyse van Opzoomer, dat men niet begreep wat de essentie was van de vraag of de rechten van opstal en erfpacht in de wet moesten worden geregeld; gedebatteerd werd over de vraag of de regels voor deze rechten telkens door partijen dan wel in het algemeen door de wet zouden moeten worden vastgesteld, terwijl de kern van de zaak was of uit de overeenkomst waarbij door de eigenaar een recht van erfpacht of van opstal was toegekend, "een bloot persoonlijk dan wel een zakelijk recht zou geboren worden".<sup>69</sup> De Spectator wijst er echter op dat er wel degelijk kamerleden waren die, evenals de regering, doorzagen dat de niet-behandeling van de rechten van erfpacht en van opstal met niet-erkenning daarvan als zakelijke rechten gelijk stond.<sup>70</sup> Hij gaat vervolgens over tot een grondige analyse van de beraadslagingen op basis van de verslagen door Noordziek.<sup>71</sup> Hier kan worden volstaan met vermelding van de conclusie van de Spectator dat ook de kamerleden die verstand van zaken hadden maar van mening verschilden over de wenselijkheid van een wettelijke regeling van deze rechten, het eens waren over één ding:

"eene uitdrukkelijke erkenning in de wet is noodig om een *zakelijk recht* van erfpacht bestaanbaar te doen zijn."

Dit blijkt ook uit de debatten over het tiendrecht; de tegenstanders van opnemning van dit recht meenden dat voor een verbod kon worden volstaan met een niet-erkenning van dit recht door middel van een stilzwijgen in de wet.<sup>72</sup> Al met al geeft de geschiedenis van de beraadslagingen

---

68 Bits is het commentaar van Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, RM 1907, VPO 2, op p. 24, noot 1: "De *Juridische Spectator* t.a.p., gebruikt ook het verhandelde in de Tweede Kamer gedurende de jaren 1823 en 1824 als argument, in het bijzonder de besprekingen omtrent de wenselijkheid van de al of niet opnemning der rechten van erfpacht, opstal en tienden. De Kamer miste echter zoo geheel en al een juist inzicht in deze quaestien - de treurige geschiedenis van het met het tiendrecht gebeurde is daarvan het beste bewijs - dat het beter is zich niet van dit argument te bedienen."

69 T.a.p., met verwijzing naar Opzoomer, deel III, p. 448 e.v.

70 A.w., p. 237; er wordt op gewezen dat ook Opzoomer zelf gewag maakte van deze standpunten, a.w., p. 448, noot 1.

71 J.J.F. Noordziek, Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-generaal over het ontwerp van burgerlijk wetboek (1875), Zittingjaar 1822-1823, deel I p. 71 en 78 e.v. en deel II p. 376 en 377, en Zittingjaar 1823-1824, deel II p. 426 en p. 124. Zie ook de analyse van andere passages door J. van Kan, WPNR 2486 (1917); hieruit blijkt dat men zich in latere fasen nauwelijks van het bestaan van art. 584 BW bewust is geweest.

72 A.w., p. 239, met verwijzing naar Voorduin III, p. 510 en 521.



de Spectator "dus geen grond om de vrijheid tot het vestigen van zakelijke rechten in ons burgerlijk wetboek te lezen".

De heer Juridische Spectator heeft in 1877 zo goed rondgekeken in het toen beschikbare materiaal dat men zou kunnen verwachten dat deze eerste bijdrage aan de discussie over het bestaan van de numerus clausus direct de laatste is geweest. Bezieet men echter de latere literatuur, dan lijkt vrijwel niemand nota te hebben genomen van zijn grondige en fundamentele beschouwingen.<sup>73</sup>

### 3.4.2.5 Vemer en Treub

In de kolommen van het Weekblad voor Notaris-amt en Registratie is in 1884 een pennestrijd gevoerd door Vemer en Treub.<sup>74</sup> Men kan spreken van de eerste ronde van het debat over de numerus clausus in de notariële wereld, ook al was deze slechts zijdelings in het geding. Het debat betrof vooral de rechtskracht van wat tegenwoordig wel een non-concurrentiebeding wordt genoemd, het beding dat de uitoefening van een bepaalde bedrijfsactiviteit op een bepaald perceel beoogt te voorkomen. Vemer worstelde met de vraag in hoeverre een dergelijk beding ook verkrijgers onder bijzondere titel bond en zocht daarover advies van zijn broeders. Op basis van een analyse van de jurisprudentie concludeerde hij dat van een zakelijk recht geen sprake was, maar dat een verkrijger onder bijzondere titel, evenzeer als een verkrijger onder algemene titel, als rechtsopvolger gebonden was aan door de verkoper aangegane verbintenissen ten aanzien van de gekochte zaak.<sup>75</sup>

Vemer werd vervolgens enigszins de les gelezen door Treub. Deze stelde de vraag of sprake was van een persoonlijk dan wel een zakelijk recht

---

73 Later is naar dit artikel verwezen door Meijers in zijn hiervoor genoemde en nog uitvoerig te bespreken artikel in Themis uit 1907. Meijers noemde het alleen in een algemene literatuurnoot en in de hiervoor geciteerde voetnoot. Ook Van der Tuuk, in zijn nog te bespreken preadvies uit 1914, vermeldde het artikel van de Juridische Spectator - slechts - éénmaal.

74 J.P. Vemer, Is het verbod om in een perceel zekere affaire uit te oefenen tegenover opvolgende eigenaren rechtsgeldig?, Weekblad voor Notaris-amt en Registratie, no. 758 (1884), p. 251-254; reactie van M.W.F. Treub, De rechtskracht van het beding in eene akte van koop en verkoop, dat in het verkochte goed een bepaald bedrijf niet mag worden uitgeoefend, W.v.N. en R. 759 (1884), p. 265-266; met nawoord J.P. Vemer, Is het verbod om in een perceel zekere affaire uit te oefenen tegenover opvolgende eigenaren rechtsgeldig?, W.v.N. en R. 760 (1884), p. 275-276.

75 In HR 28 januari 1841, W. 157 (1841), was reeds beslist dat een dergelijk beding geen erfdiensbaarheid kon zijn. Vemer wees ook op Rb. Amsterdam 18 april 1882, R.B.v.h.N. 447, waarin was overwogen "dat hier geen sprake is van een der zakelijke rechten in art. 584 en andere artikelen van het B.W. aangeduid en nader ontwikkeld".

voorop. Van een zakelijk recht kon echter volgens Treub geen sprake zijn, zoals ook al door Vemer zelf was gesteld. Treub verwoordde daarbij in heel algemene zin de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten:

"Geen recht nu kan als zakelijk recht gelden, tenzij het door de wet als zoodanig is erkend. De vraag, of door het genoemde beding al of niet een zakelijk recht wordt gevestigd, vereenvoudigt zich dus tot deze andere, of het recht, dat uit het beding ontstaat, zich onder een der in ons B W voorkomende zakelijke rechten laat brengen."<sup>76</sup>

Vervolgens besprak Treub de vraag in hoeverre een rechtsverkrijger onder bijzondere titel gebonden is aan door zijn rechtsvoorganger aangegane verplichtingen, een vraag die door Treub in het kader van art. 1354 Oud BW werd geplaatst. Hij nam krachtig afstand van de gedachte dat ook rechtsopvolgers onder bijzondere titel gebonden zouden zijn, een gedachte van Vemer die door Treub een "*saut périlleux*" werd genoemd en die later ook door Feith zou worden bestreden.<sup>77</sup> De korte bijdrage van Treub, waarin de *numerus clausus* vanuit zowel goederenrechtelijk als verbintenissenrechtelijk perspectief is belicht, kan dan ook worden gezien als een samenvatting *avant la lettre* van de betekenis van de *numerus clausus* in het Nederlandse vermogensrecht.

### 3.4.2.6 Land

Het debat over de *numerus clausus* in Nederland maakte een nieuwe start met het verschijnen van het zakenrechtelijk deel van de handboeken van Land in 1889. In zijn commentaar op art. 584 Oud BW, stelde Land:

"Men moet wel aannemen dat de wet zelve een recht tot zakelijk recht moet hebben gestempeld, voordat wij het als zoodanig mogen laten gelden, eene directe heerschappij, door allen te eerbiedigen, kan enkel berusten op de wet."<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Treub, a w , p 265, r k , zonder verwijzingen naar literatuur of rechtspraak

<sup>77</sup> De *saut périlleux* waarvoor Treub had gewaarschuwd, werd kort daarna door de Hoge Raad gemaakt, HR 24 april 1884, W 5031 (1884), uitdrukkelijk op basis van art 1354 BW, een feit waarop door Vemer in zijn naschrift in no 760 nog kon worden gewezen. Zie over dit arrest Du Perron, diss, nos 220 en 251. Zie over de rechtsgeldigheid van een non-concurrentiebeding ook een debat in de Tweede Kamer op 12 oktober 1894, waarvan een verslag is opgenomen in W v N en R 1313 (1895), p 91-94.

<sup>78</sup> N K F Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Tweede Deel, 1<sup>e</sup> stuk, 1889, p 51. Land gaf hierbij geen enkele verwijzing naar andere auteurs, noch naar de 'Juridische Spectator' of Treub, noch naar Duitse literatuur, ook al duidt de laatste zin van het citaat op het eigendomsbegrip van de pandektisten. De passage is ongewijzigd gehandhaafd in de herziene tweede druk uit 1901, p 57, wel voegde

Hiermee beantwoordde Land de vraag hoe het begrip 'vruchtgenot' moest worden verstaan. Z.i. was het niet een algemeen begrip waaronder nieuwe typen zakelijke rechten konden worden gebracht, maar alleen een omschrijving van enige elders in de wet geregelde zakelijke rechten tot genot en gebruik.<sup>79</sup>

Deze passages bij Land brachten zes jaar later enige notariële pennen in beweging, de tweede ronde van het debat in de notariële wereld. De aanleiding was een bijdrage van een medewerker van het Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie, waarin uitdrukkelijk in de inleiding afstand werd genomen van de visie van Land.<sup>80</sup> De auteur legde daarin het accent op het ontbreken van een wettelijke bepaling die de vestiging van nieuwe zakelijke rechten verbood; de wettelijke regeling van de zakelijke rechten betrof naar zijn inzicht slechts de meest voorkomende, zoals ook slechts de meest voorkomende verbintenissen in de wet waren geregeld. Tegelijkertijd meende de auteur dat geen onbepaalde vrijheid om nieuwe zakelijke rechten te creëren kon bestaan: "Niet daarop komt het natuurlijk aan hoe partijen het recht noemen, doch alleen en uitsluitend op den aard van het gevestigde recht." De verenigbaarheid met de aard van het zakelijke recht, af te leiden uit het eigendomsbegrip zoals in art. 625 Oud BW verwoord, zou dus het criterium moeten vormen voor de erkenning van nieuwe zakelijke rechten.<sup>81</sup> De reacties die hierop volgden, tamboerden

---

Land een verwijzing toe naar art. 973 van het Ontwerp 1820 en art. 13 van het Ontwerp 1898, en tevens een 'verg. intusschen'-verwijzing naar HR 30 januari 1880, W. 4473, inzake een recht van ettinge.

79 Land verwijst bij de vorige passage naar zijn opmerking op p. 31, noot 3, waar de uitleg van Opzoomer over art. 566 aan de orde kwam: "Opzoomer rekent dat ook het recht om te kappen, te verveenen of af te breken verkocht kan worden, als een onroerend zakelijk recht van vruchtgenot. Maar wel vruchtgenot is dit? Bij hout kan men van opstal spreken; maar hoe bij veen en bij afbraak? Of kan men zeggen dat het hier is het algemeene recht van 'vruchtgenot' van art. 584? Kan men allerlei rechten scheppen als zij slechts onder dat algemeene begrip kunnen vallen?" Op p. 50 is het ontkennende antwoord van Land te vinden.

80 V. D., Zijn ook andere zakelijke rechten bestaanbaar, dan die welke als zoodanig door de wet worden erkend en geregeld?, W.v.N. en R. 1313 (1895), p. 89-91. Het is niet duidelijk geworden wie achter deze initialen schuilging.

81 Interessant is dat het eigendomsbegrip en het algemene begrip zakelijk recht wordt uitgewerkt op een wijze die sterke gelijkenis vertoont met de begripsvorming in de 19<sup>e</sup> eeuwse Duitse doctrine, overigens zonder dat daarnaar verwezen wordt. Bovendien wordt het subtractieprincipe geponeerd, dat later door Van Opstall is verwoord. Zie p. 90, l.k.: "(...) De eigendom bevat in zich alle denkbare zakelijke rechten. Die rechten zijn bij den eigenaar, zij het ook niet onder die bepaalde benamingen, in ééne hand als totaliteit, als eenheid, vereenigd; hij is, om het zoo maar eens uit te drukken, vruchtgebruiker, erfpachter, opstaller, hij is alles tegelijk. Een essentieel vereischte van een zakelijk recht is dan ook dat de eigenaar, op wiens zaak het recht is gevestigd, nooit tot eene daad verplicht is; hij is tegenover den rechthebben-

veelal andere deuntjes op dezelfde trommen.<sup>82</sup> Het debat raakte bovendien wat op drift door een bijdrage waarin de vraag in grondwettelijk perspectief werd geplaatst; de schepping van een nieuw zakelijk recht door een privaatspersoon zou gelijk staan aan de schepping van nieuw burgerlijk recht, hetgeen de Grondwet voor de algemene wetgever zou hebben gereserveerd.<sup>83</sup> Vermoedelijk hebben vooral deze bijdrage en de reacties erop de redactie ertoe gebracht het debat vervolgens te sluiten.

### 3.4.2.7 Feith

Het artikel van P.R. Feith in jaargang 1897 van *Themis* kan worden beschouwd als de basis voor latere jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder het arrest inzake *Blaauboer/Berlips*.<sup>84</sup> In deze studie over de betekenis van art. 1354 Oud BW<sup>85</sup> keert Feith zich tegen een groot deel van

---

de geheel passief, hij volstaat met niet te doen, met toe te laten, dat de zaak volgens het op haar rustende recht door den rechthebbende behandeld wordt. De bepaling van art. 722 B.W. voor de erfdienstbaarheden vastgesteld, ligt in het karakter van het zakelijk recht in het algemeen, de persoon is niet tot een doen verplicht en kan dat uit den aard der zaak niet zijn."

- 82 N.J.V., *Erfdienstbaarheid of zakelijk recht*, W v N en R 1320 (1895), p. 189-190, H.S., *Zijn ook andere zakelijke rechten bestaanbaar, dan die welke als zoodanig door de wet worden erkend en geregeld?*, W v N en R 1324 (1895), p. 239-240, en ten slotte de naschriften en de nawoorden van H.S., F., en v.D., in W v N en R 1326 (1895), p. 269-272. Deze reacties betroffen o.a. de juiste uitleg van een passage bij Opzoomer, de betekenis van enige jurisprudentie en de implicaties van de jachtwet van 1857. Interessant is dat in de reactie van H.S. de mogelijkheid van verzakelijking van persoonlijke rechten in het Pruisische Allgemeines Landrecht wordt genoemd en de in het ontwerp van het Duitse BGB geregelde zakelijke rechten worden opgesomd. Deze auteur, die kennelijk goed op de hoogte was van de ontwikkelingen in Duitsland, antwoordde de gestelde vraag ontkennend: "Op het gebied van het zakenrecht geldt het beginsel, dat partijen slechts zulke rechten kunnen vestigen die de wet toestaat." Wel pleitte hij voor een actieve wetgever "( ) ook op civielrechtelijk gebied 'les idées marchent'". Daarom is het zaak der codificatie om met nieuw ontstaande behoeften in het rechtsleven voortdurend rekening te houden, opdat wet en werkelijk leven zich zooveel mogelijk dekken. Maar zelfhulp is ons burgers op onzen ideeen-marsch niet geoorloofd. Buiten de grenzen der wet kunnen wij geen recht scheppen."
- 83 Cd. Reeling Knap, W v N en R 1319 (1895), p. 171, met reacties van J.P.S. Gualthérie van Weezel, W v N en R 1322 (1895), p. 211-212, en van C., *Burgerlijk recht en de uitoefening daarvan zijn twee*, W v N en R 1323 (1895), p. 224-225. Een nawoord van Reeling Knap volgde in W v N en R 1326 (1895), p. 269-271.
- 84 P.R. Feith, *Eene oude vraag - Betekenis van art. 1354 BW*, *Themis* 58 (1897), p. 629-665 op p. 646-647.
- 85 De tekst van art. 1354 Oud BW, de letterlijke vertaling van art. 1122 van de Franse *Code civil*, luidt: "Men wordt voorondersteld bedongen te hebben voor zich zelven, en voor zijne erfgenamen en regtverkrigenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeien."

de jurisprudentie tot dan toe, waarin verkrijgers onder bijzondere titel in allerlei bijzondere gevallen mondesmaat gebonden werden geacht aan persoonlijke verplichtingen van de verkoper jegens een andere contractuele wederpartij.<sup>86</sup> Zijn pleidooi voor restrictieve interpretatie van art. 1354 vond zijn weerslag in het arrest van 1905.<sup>87</sup> Sommige elementen van zijn argumentatie zijn van belang voor een goed begrip van de stand van het Nederlandse recht destijds, waarin de *numerus clausus* tot nadere ontplooiing kon komen. Het artikel van Feith vertoont interessante parallellen met de Duitse doctrine destijds.<sup>88</sup>

Ten eerste bevat het artikel veel aanwijzingen dat het Nederlandse recht de strikte scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht kende, die kenmerkend was voor het kort daarvoor gereed gekomen Duitse wetboek, zoals door Wiegand is beschreven en in de volgende paragraaf uiteengezet zal worden. De wortels voor het onderscheid liggen volgens Feith al in het Romeinse recht, terwijl het door de invoering van openbare registers voor de rechten op onroerende zaken verder is verscherpt.<sup>89</sup> Ter adstructie van het strikte onderscheid tussen zakenrecht en verbintenissenrecht verwijst Feith naar andere Nederlandse juristen uit die tijd, met name naar een passage bij J E Goudsmit (1813-1882).<sup>90</sup> Deze passage da-

---

86 Zie voor een bespreking van de belangrijkste jurisprudentie naast Feith, p 633-640 Heyman, a w , § 2, zie ook Du Perron, diss , h 5 § 2 en 3 4, en Rank-Berenschot, diss , 1992, § 8 4 1

87 HR 3 maart 1905, W 8191 (Blaauboer/Berlips) Zie over de inhoud van dit arrest uitvoerig § 2 3 1 Feith zelf was in 1905 wel raadshere in de Hoge Raad, maar maakte geen deel uit van het zevental dat de beslissende kamer vormde Een van deze zeven was wel D G van Teijlingen, die naast Feith lid was van de Staatscommissie uit 1880 Hiervoor is geconstateerd dat in het door hen vervaardigde ontwerp 1898 de *numerus clausus* uitdrukkelijk is verwoord Overigens mag worden aangenomen dat destijds zoals nu de door de civiele kamer gewezen arresten werden voorbesproken in aanwezigheid van alle civiele raadsheren in de Hoge Raad In een anonieme redactionele annotatie bij dit arrest in W 8200 (1905) werd de nieuwe jurisprudentie "met ingenomenheid begroet", "het heeft ons altijd moeite gekost de [door de Hoge Raad verworpen] gangbare leer met betrekking tot art 1354 in overeenstemming te brengen met de beginselen, die naar wij meenden, ook bij ons het verbintenissenrecht beheerschen" Zie verder H W Heyman, Blaauboer/Berlips - Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer, Rechtspraak klassiek, NTBR 2002/7, p 298-307 op p 298/§2

88 Feith verwijst in het geheel niet naar de Duitse literatuur en de Motive bij het BGB uit 1889 en evenmin naar de eerder in deze paragraaf besproken bijdragen in de Nederlandse literatuur van m n Juridische Spectator en Treub. Uiteraard gaat Feith uitvoerig in op de Franse literatuur Ook daarin constateert hij ten slotte een tendens tot uitlegging van art. 1122 Cc op de door hem bepleite en door de Hoge Raad later gevolgde wijze

89 Feith, p 630

90 J E Goudsmit, Pandecten-Systeem, deel I Algemeen deel (1866), § 17 resp 18, p 34-36 "§ 17 Een recht in subjectieven zin is de aan een persoon door *het recht* toegeken-

teert uit 1866, derhalve in de periode dat het abstracte eigendomsbegrip in de Duitse juridische literatuur opgeld deed. Zonder nadere toelichting vermeldt Feith voorts dat de onderscheiding tussen zakelijke en persoonlijke rechten in het Nederlandse wetboek meer op de voorgrond treedt dan in de Franse Code civil.<sup>91</sup> Vermoedelijk heeft Feith gedoeld op het *effet translatif* van een koopovereenkomst naar Frans recht; in de Nederlandse wetboeken is steeds het leveringsstelsel neergelegd.<sup>92</sup>

Centraal in het betoog van Feith staat de mate waarin rechten werken jegens derden. De regel dat niemand anders dan tengevolge van zijn vrije wil door een overeenkomst gebonden kan zijn, zoals neergelegd in art. 1376 Oud BW, noemt hij één der hoofdbeginselen van ons recht. Er mag daarom geen sprake zijn van overgang van contractuele verplichtingen op derden die de desbetreffende zaak verkrijgen onder bijzondere titel. Daarvoor dient de weg van één van de wettelijke zakelijke rechten te worden gekozen, opdat de waarborgen die voor de overgang van zakelijke rechten zijn voorgeschreven, worden gerespecteerd. Feith erkent dat er ook in het zakenrecht sprake kan zijn van 'hardheid' voor verkrijgers van de zakelijk belaste eigendom ten gevolge van zakenrechtelijke aanspraken.<sup>93</sup> De wetgever heeft echter getracht juist deze bezwaren op te heffen, ten eerste door de verkrijger een vordering tot vrijwaring jegens de verkoper toe te kennen die bij kwade trouw van de verkoper kon worden uitge-

---

de wilsheerschappij in betrekking tot een zeker voorwerp. Tegenover dit recht staat, zoo al niet eene stellige van een bepaald individu, de negatieve verplichting van alle overigen, den rechthebbende in de uitoefening zijner door *het* recht toegekende heerschappij niet te storen § 18 De wilsheerschappij van een persoon is gericht of I *onmiddellijk* op een lichamelijk voorwerp in de natuur buiten ons. Is dit het geval, zoo wordt men gezegd een recht te hebben *op* de zaak (jus in re). (...) of wel II. de wilsrichting bestaat hierin, dat men van een bepaald persoon eischt, dat hij iets doe of nalate, een en ander voor zoover daarmede een op geld waardeerbaar belang verbonden is. Rechten van dien aard worden genoemd Schuldvorderingen, Obligatiën " Deze door Feith geciteerde passage is onmiskenbaar beïnvloed door het werk van Savigny, dat nader wordt beschreven bij de bespreking van de herkomst van de *numerus clausus* in het Duitse recht Vgl ook Goudsmit, deel II (1880), § 1 "Het recht van eigendom, gelijk de overige rechten op zaken, hebben tot voorwerp de geheele of gedeeltelijke onderwerping eener zaak aan onze onmiddellijke heerschappij " Goudsmit verwijst niet alleen naar Savigny, maar ook naar vele pandek-  
tisten.

91 Feith, p 664

92 Vgl. Lokin en Zwolve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 1992, p. 290 "Deze afwijking noopt tot een geheel andere opbouw van het wetboek, tot een scherpe scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht die in de Code uiteraard niet wordt gemaakt."

93 Feith, p 644

breid tot een strafactie wegens stellionaat<sup>94</sup>, en ten tweede door openbaarheid, ten aanzien van onroerende zaken door middel van registers.

Interessant is ook de aandacht die Feith besteedde aan het argument van de eisen van het handelsverkeer. Hij constateert dat het in twee tegengestelde opzichten wordt gebruikt: volgens sommigen dient daarom zo weinig mogelijk de vrijheid van overeenkomsten te worden ingekrompen, volgens anderen daarentegen dient daarom de eigendom zo min mogelijk te worden beperkt, en dienen eventuele beperkingen op de eigendom zo scherp mogelijk te worden omschreven. Vervolgens licht Feith gemotiveerd toe dat de 'vrijheid van den grond' beter wordt gewaarborgd bij de door hem bepleite interpretatie van art. 1354 Oud BW.<sup>95</sup>

Ten slotte is een andere passage uit het betoog van Feith van belang voor een goed begrip van de mate waarin men zich aan de grondregels van het zakenrecht gebonden achtte. Over jurisprudentiele erkenning van zakelijk werkende contractuele verplichtingen zegt hij

"En nu beweer ik niet dat de wetgever onbevoegd zou zijn om, indien hij dit verlangde, zulk een tweeslachtig recht te scheppen maar alleen dat, eer hij er toe overging, hij wel zou doen met de zaak rijpelijk te overwegen. Immers, zooals wij zagen, de regelen, die hij dan ter zijde zou zetten, hangen samen met de grondslagen van ons geheele recht, en berusten bovendien op motieven van rechtvaardigheid en billijkheid, die niet licht behooren te worden geteld

En in allen gevalle beweer ik, dat de uitlegger het recht mist om uit eene bepaling, die de wetgever op eene weinig in het oog vallende plaats, en zonder daaraan blijkbaar veel gewicht te hechten, ter neder schreef, een instituut af te leiden,

---

94 Er is sprake van stellionaat wanneer men een onroerend goed waarvan men weet niet de eigenaar te zijn, althans niet de eigendom vrij van beperkte rechten heeft, verkoopt of als vrij aanbiedt, of met hypotheek bezwaart zonder vermelding van de oudere hypotheekrechten. Voor zover mij bekend heeft in Nederland nooit een specifieke strafactie wegens stellionaat bestaan. Vermoedelijk doelde Feith op de algemene strafacties wegens het verstrekken of doen opnemen van valse gegevens, in het bijzonder in een authentieke akte op grond van art. 227 Sr. Zie ook nog art. 585 Rv over lijfswang en stellionaat. Het *Vocabulaire juridique* van de Association Capitant, door Gérard Cornu, vermeldt bij het lemma *stellionat* als voorbeeld art. 1599 Code civil, dat overeenkomt met art. 1507 Oud BW. Vgl. thans ook de civielrechtelijke pendant, zij het zonder sanctie, in art. 3:237 en 239 lid 2 BW voor verpanding, gezien het negatieve registerstelsel is voor mij overigens onverklaarbaar waarom voor de verhypothekering van een registergoed niet een vergelijkbare verklaringsplicht in de wet is opgenomen.

95 Feith, p. 662-3. Hij verwierpt het tegenargument dat langs de weg van ontbinding van de koopovereenkomst door de verkoper die op contractuele wijze bijzondere rechten heeft bedongen, hetzelfde effect wordt bereikt als door de door Feith bestreden interpretatie van art. 1354 Oud BW. Zijn argumenten hebben sinds de inwerking treding van het nieuwe BW nog aan kracht gewonnen, nu het recht wat de betreft de consequenties van ontbinding, destijds art. 1302 e.v. Oud BW, sterk is gewijzigd.

dat met al de hoofdbeginselen, welke diezelfde wetgever op andere plaatsen uitgesproken heeft, in strijd geraakt."<sup>96</sup>

Hoewel Feith de termen *numerus clausus* en gesloten systeem niet hanteerde, spreekt uit zijn artikel duidelijk de stelling dat in het zakenrecht geen ruimte kan zijn voor partijautonomie. Zijn pleidooi voor handhaving van de scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht kan dan ook als een pleidooi voor respect van de *numerus clausus* worden gezien.<sup>97</sup> Bovendien gaat Feith onmiskenbaar uit van het primaat van de wetgever, een duidelijk kenmerk van de *numerus clausus* in oorspronkelijke zin.<sup>98</sup>

### 3.4.2.8 Meijers

Niet alleen in de studie van Feith zijn parallellen te vinden met de Duitse ontstaansgeschiedenis van het *numerus clausus*-dogma zoals die in de volgende paragraaf zal worden beschreven. Ook in een andere studie uit de Nederlandse rechtsliteratuur uit die tijd, een opstel van Meijers uit 1907, treft men elementen daarvan aan.<sup>99</sup> Het beroemde opstel betreft de betekenis van art. 584 Oud BW en de oorsprong van de daarin opgenomen classificatie van zakelijke rechten. Meijers poneert dat de wortels voor die classificatie liggen in een in 1639 in Helmstädt verdedigde dissertatie van Heinrich Hahn, die zowel in Duitsland als elders gedurende lange tijd grote invloed heeft gehad.<sup>100</sup>

Het werk van Hahn komt er in essentie op neer dat hij vijf categorieën zakelijke rechten heeft onderscheiden; Meijers spreekt van de 'pentarchie van Hahn'. Daarbij komt automatisch de vraag op: ging het slechts om een geclassificeerde inventarisatie van de overgeleverde zakelijke rechten, of werd met de opsomming tevens beoogd paal en perk te stellen aan de creatie van nieuwe zakelijke rechten? Ook Meijers vermeldt dat het een

<sup>96</sup> Feith, p. 646-7.

<sup>97</sup> Wiegand heeft aangetoond dat er een sterk verband bestaat tussen *numerus clausus* en de autonomie van het zakenrecht, zoals in § 3.4.1.4 zal blijken.

<sup>98</sup> Ook in het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 werd vervolgens de wil van de wetgever centraal gesteld, zoals blijkt uit het citaat in § 2.3.2. Du Perron, diss., 1999, no. 270 op p. 240, acht dit argument het meest overtuigende van de verschillende door de Hoge Raad aangevoerde argumenten.

<sup>99</sup> E.M. Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, RM 1907, p. 271 e.v., herdrukt in VPO 2, 1955, p. 8-26. Er wordt hier verwezen naar de paginanummering in de Verzamelde Opstellen.

<sup>100</sup> Over de invloed van het werk van Hahn is veel geschreven. Zie o.a. P.L. Nève, Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten, in: Op recht (Struycken-bundel), 1996, p. 223-232. Zie over de door Hahn gebruikte bronnen: Robert Feenstra, *Ius in re: Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Thorbecke-college 1978, 1979, m.n. p. 21-24.



twistpunt was of de opsomming van Hahn enuntiatief dan wel limitatief is. Gezien de oorsprong van de opsomming in art. 584 BW meent Meijers dat deze weliswaar limitatief is, maar dat daarmee weinig is gezegd, omdat is beoogd in de opsomming, evenals in die van Hahn en van andere auteurs, alle denkbare zakelijke rechten onder te brengen.<sup>101</sup> Het eeuwenlang gevoerde debat ging z.i. dan ook alleen om de vraag of elk van de in de verschillende catalogi vermelde rechten ook inderdaad als zakelijke rechten konden worden aangemerkt. Het antwoord op de vraag of "er tegenwoordig geen andere zakelijke rechten kunnen ontstaan dan waarvan de wet uitdrukkelijk vermeldt dat zij gevestigd kunnen worden", moest volgens Meijers derhalve geheel buiten art. 584 BW om worden beantwoord.<sup>102</sup>

Meijers zelf komt tot de stelling dat er geen andere zakelijke rechten kunnen ontstaan dan waarvan de wet uitdrukkelijk vermeldt, dat zij kunnen gevestigd worden. Zijn hoofd-argument is deze:

- 
- 101 Meijers, p. 23: "De pentarchie van Hahn en hare variaties waren slechts als een classificatie der zakelijke rechten bedoeld; geenszins was hare strekking, de vestiging van sommige zakelijke rechten voor geoorloofd, van andere voor ongeoorloofd te verklaren." In dezelfde zin J. van Kan, *Het vruchtgenot van art. 584 B.W.*, WPNR 2483-2486 (1917), vooral het slot: "De aanwijzingen der historie gaan dus alle in dezelfde richting: de opsomming van art. 584 beheerscht in geen enkel opzicht het stelsel onzer zakelijke rechten, het heeft op hunne uitbeelding en regeling niet den geringsten invloed geëffend. De pentarchie van Hahn is uit den historischen draaikolk, waarin het wordingsproces van ons Wetboek haar heeft ondergedompeld, te voorschijn gekomen in dezelfde gedaante, die zij had van ouds: een poging tot ordening en samenbundeling van in de wet verspreide stof, niet een regeling voorschrift, maar een zuiver leerstellige verklaring, als zoodanig in de wet misplaatst, bovendien niet zeer geslaagd, maar - nu eenmaal haar karakter is onderkend - ongevaarlijk."
- 102 Hiertegen: L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1933, p. 38 (2<sup>e</sup> druk 1935, p. 39-40, 3<sup>e</sup> druk 1944, p. 49). Ketelaar, *Oude zakelijke rechten*, diss. Leiden 1978, p. 140, meent "dat Meijers in dit artikel (zijn eerste rechtshistorische publikatie) verzuimd heeft uit zijn onderzoek de juiste conclusie te trekken." Ketelaar wijst erop dat de wetgever van het BW 1838 zich niet voldoende heeft gerealiseerd dat het begrip 'erfdienstbaarheid' veel minder ruim was dan het door Hahn gebruikte begrip 'servitutes'. Dientengevolge was de opsomming in art. 584 Oud BW onvolledig. Dit betekent echter volgens hem ook dat de wetgever zou hebben beoogd in art. 584 een regeling van een aantal rubrieken of 'normaal typen' van zakelijke rechten zou hebben willen geven. Ketelaar verbindt hieraan vervolgens op p. 141 ook de conclusie dat het stelsel van het zakenrecht minder gesloten was dan men deed voorkomen: "Naar huidig recht is het ontstaan van niet met name in de wet genoemde zakelijke rechten geoorloofd, mits deze gebracht kunnen worden onder een van de in de classificatie van art. 584 BW aangeduide normale typen.", met verwijzing naar Hof Arnhem 4 januari 1933, NJ 1933, 779 (kleigraving), hierboven uitvoerig besproken in § 2.3.4. Vgl. Hofmann, p. 38, ten aanzien van Hahn; Van Kan, WPNR 2485 (1917), ten aanzien van de servitutes.

"Men mag nimmer een subjectief recht als bestaande aannemen, of men moet een regel van het objectieve recht kunnen aanwijzen, waaruit dat subjectieve recht voortvloeit. Slechts daarom kan men volgens ons B.W. niet-met-name-genoemde contracten rechtsgeldig afsluiten, omdat de wet in het algemeen de overeenkomst als bron van verbintenissen vermeldt (art. 1269 B.W.), alleen algemeene vereischten opgeeft, waaraan een rechtsgeldige overeenkomst moet voldoen (art. 1356 B.W.).

Een overeenkomst werkt slechts tusschen partijen (art. 1376 B.W.); derhalve ontbreekt reeds voor overeenkomsten, die men ook tegen derden wenschte te laten werken, een gelijke algemeene grondslag van rechtsgeldigheid; men zal dan ook geen andere overeenkomst met werking tegen derden als rechtsgeldig mogen erkennen, dan degene die uitdrukkelijk door de wet genoemd worden. Hetzelfde geldt voor de zakelijke rechten; ook voor deze mist men de wet een algemeenen grondslag van rechtsgeldigheid, ook van deze kunnen derhalve slechts die gevestigd worden, wier bestaan de wet uitdrukkelijk toelaatbaar acht."<sup>103</sup>

Dit argument, dat rechtstreeks ontleend zou kunnen zijn aan de publicatie van *Juridische Spectator* uit 1877, is om verschillende redenen interessant. Ten eerste zet Meijers het systeem van het zakenrecht naast het systeem van het overeenkomstenrecht; deze nevenschikking roept de associatie op met het Savigniaanse concept van het vermogensrecht, waarin beide delen van het privaatrecht zelfstandig en autonoom zijn. Ten tweede lijkt Meijers op twee gedachten te hinken waar hij spreekt over verbintenissen met beoogde derdenwerking; enerzijds ligt in de aard van een overeenkomst besloten dat zij slechts tussen de partijen daarbij werkt, maar anderzijds wordt gewezen op het ontbreken van een algemene wettelijke basis voor derdenwerking. Dit brengt op de derde reden waarom het hoofdargument van Meijers opvallend is: het is uiteindelijk geheel gezet in de sleutel van het primaat van de wet.<sup>104</sup> Een inhoudelijk argument waarom alleen de wettelijke typen zakelijke rechten kunnen worden gevestigd, of in het algemeen waarom er slechts contractsvrijheid bestaat voor zover de wet deze toekent, wordt hiermee niet gegeven.

<sup>103</sup> Meijers, p. 24. De kracht van het aan art. 1376 ontleende argument is in twijfel getrokken door Goudekot, in: *Opzoomer-Goudekot*, 1911, p. 169-170; de relatieve werking van obligatoire overeenkomsten zou weinig zeggen over de rechtsgeldigheid van zakelijke overeenkomsten die in beginsel ook ten aanzien van derden werken.

<sup>104</sup> De stelling in de eerste zin van het citaat, dat 'men nimmer een subjectief recht als bestaande mag aannemen, of men moet een regel van het objectieve recht kunnen aanwijzen, waaruit dat subjectieve recht voortvloeit', komt in latere literatuur vaak terug. De stelling is onderschreven door L. van Praag, *Openbare wegen*, *Themis* 1922, p. 291-328 op 304 e.v., die echter vervolgens stelde dat objectief recht en wet niet identiek zijn. Het is Hofmann, a.w., p. 37 (1935, p. 38; 1944, p. 48), "niet duidelijk, wat dan, buiten de wet om, in het algemeen de objectiefrechtelijke basis voor een zakelijk recht zou kunnen zijn. De gewoonte kan hier niet in aanmerking komen, omdat in het zakenrecht de daarvoor volgens art. 3 A.B. vereischte verwijzing ontbreekt, en de billijkheid of een redelijk belang komt ons, bij ontbreken van eenige aanwijzing, niet als voldoende grondslag voor."

Het tweede argument van Meijers ten gunste van de *numerus clausus* is dat er allerlei vragen zouden rijzen wanneer men vrij is naar believen nieuwe zakelijke rechten te creëren. Het wetboek is volgens Meijers geheel gebaseerd op het beginsel dat rechten betreffende onroerende goederen moeten worden ingeschreven om werking te hebben jegens derden; bij een behoorlijke inrichting van de openbare registers verschaft deze inschrijving een mate van publiciteit.<sup>105</sup> Aangezien de wet geen afdeling met algemene bepalingen voor de vestiging en de geldigheid van zakelijke rechten bevat, zou ten aanzien van dergelijke nieuwe zakelijke rechten onduidelijk zijn, bijvoorbeeld de wijze van inschrijving in de registers, de kwalificatie roerend dan wel onroerend, de wijzen van tenietgaan van dergelijke rechten, of de vatbaarheid voor hypotheek of beslag.<sup>106</sup> Ook in dit argument ligt geen materiële overweging besloten; het bezwaar tegen openheid van het systeem is vooral organisatorisch. Hiervan af te leiden is wel het materiële argument van de rechtszekerheid.

Meijers toont zijn pragmatische invalshoek nog duidelijker waar hij vervolgens stelt dat de aard van de classificatie niet werkelijk van betekenis is. Ook de kwalificatie zakelijk of niet, vindt hij niet interessant:

"Wat eigenlijk zakelijke rechten zijn, is voor de vraag naar de vestiging van rechten van geen belang. Het komt slechts daarop aan, of men een recht een meer uitgebreide werking wenscht toe te kennen, dan de gewone uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenis heeft. Of een recht van veer, een recht van weidegang, een recht van voorpoting, een recht, van iederen bewoner van een gebouw te vorderen, dat daarin een zeker bedrijf niet wordt uitgeoefend, zakelijke rechten of zoogenaamde *jura in personam in rem scripta* zijn, doet niets ter zake, mits maar vaststaat, dat deze rechten van verdere strekking zijn dan een gewone verbintenis.\* Daar de wet ner-

---

105 Vgl. de noot van Meijers bij HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313 (weg te Heems-kerk), in W. 9574. "acht men de vestiging van [een zakelijk recht van openbare weg] bij *overeenkomst* mogelijk, dan zou dit een ernstige inbreuk zijn op het in ons B.W. gehuldigd beginsel van publiciteit van titels van zakelijke rechten op onroerend goed. En meent men dat dit recht door verjaring kan gevestigd worden, dan ontleemt men m.i. aan de artt. 593 tweede lid en 746 B.W. iederen bestaansgrond. De wet wil niet bezit en verjaring van een erfdienstbaarheid van weg erkennen, opdat tegen den wil van den eigenaar op zijn eigendom geen zakelijk recht verkregen wordt dat zich niet reeds in zijn wording door een voortdurende uitoefening heeft geopenbaard. Zou men nu *buiten de wet* om bezit en verjaring van het veel ingrijpende zakelijk recht van openbaren weg mogen aannemen?" Zie verder ook nog Meijers, Een nieuwe studie omtrent art. 1354 BW (recensie dissertatie Dullemond), WPNR 2629-2630 (1920), VPO III, p. 57 e.v. op p. 66, waar Meijers stelde dat de overschrijving van een contractueel beding dat de rechthebbende van een zaak tot iets verplichtte, naar zijn mening niet gelijk te stellen was met 'een behoorlijke publiciteit'.

106 Meijers, p. 24-25: "Al deze vragen dringen zich aan ons op indien men de vestiging van andere zakelijke rechten dan de in de wet genoemde toelaat."

gens uitdrukkelijk verklaart, dat deze rechten gevestigd kunnen worden, kunnen zij onder de tegenwoordige wetgeving niet, hetzij door overeenkomst, hetzij door verjaring, verkregen worden."<sup>107</sup>

Afgezien van opnieuw de verwijzing naar het primaat van de wet, lijkt Meijers hiermee centraal te stellen waar het bij het numerus clausus-dogma om te doen is: de derdenwerking van rechten en plichten in goede banen te leiden.<sup>108</sup> Later zal nog blijken dat dit citaat heeft gestrekt tot inspiratie voor een heel nieuwe benadering, waarin het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten is opgegeven.<sup>109</sup>

Bij nadere beschouwing is onwaarschijnlijk dat Meijers de numerus clausus heeft willen reduceren tot de kwestie van de derdenwerking van rechten uit overeenkomst. Zou dit het geval zijn, dan kunnen kanttekeningen geplaatst worden bij de consistentie van het standpunt van Meijers. Enerzijds gaat hij uit van een numerus clausus en wenst hij het einde-loze debat over de aard van een zakelijk recht niet aan te gaan. Anderzijds stelt hij dat het uiteindelijk allemaal draait om de derdenwerking van rechten. Deze laatste invalshoek vormt de sleutel voor een benadering die juist wel dwingt tot afbakening van het wezen van een zakelijk recht en tot de formulering van de algemene en uniforme kenmerken waaraan een recht moet voldoen, wil het derdenwerking kunnen hebben en daarom zakelijk genoemd kunnen worden. Het is plausibeler dat de geciteerde passage aldus wordt misverstaan. Het is duidelijk dat voor Meijers alleen de wet beslissend is; een recht kan alleen tegenwerpelijk zijn aan anderen dan de wederpartij, indien de wetgever dat recht heeft aangemerkt als een zakelijk recht, of althans de derdenwerking in de wet heeft vastgelegd,

107 Meijers, p. 25. De asterisk representeert de voetnoot hierbij, waarin naar Blaauboer/Berlips wordt verwezen: "Of al deze rechten inderdaad van verdere strekking zijn dan een gewone verbintenis, en in het bijzonder of dat met een beding, dat iederen eigenaar van een perceel verbiedt daarin een zeker bedrijf uit te oefenen, het geval is, is een vraag, die buiten dit opstel staat. Men zie daaromtrent het bekende arrest van den Hoogen Raad van 3 Maart 1905, W. 8191."

108 Uit een noot bij Rb. Rotterdam 9 februari 1914 ("O. dat er in dezen geen sprake kan zijn van analogische toepassing van voorschriften gegeven voor wel in de wet erkende zakelijke rechten, omdat analogie nooit de bestaansbaarheid kan aantoonen van eenig recht, voor hetwelk de wettelijke grondslag ontbreekt;"), WPNR 2308, blijkt dat Paul Scholten dit argument belangrijker vond dan het door hem ook vermelde argument dat niet duidelijk zou zijn hoe buitenwettelijke typen zakelijke rechten gevestigd zouden moeten worden: "Ik zou vooral den nadruk willen leggen vooreerst op den gebondenheid van derden, die uit de vestiging van een zakelijk recht voortvloeit, en die de wetgever blijkens zijn geheele stelsel van openbaarheid, zijn beperking van de servituten binnen vrijenge grenzen enz. niet dan in bepaalde gevallen wenscht."

109 Zie de beschrijving van de benadering van J.M. Smits in § 9.2.1.2.

eventueel ook zonder daarop het etiket zakelijk recht te plakken. Meijers behoorde dus tot het kamp van de voorstanders van een limitatieve wettelijke afbakening van de typen zakelijke rechten en hun inhoud. Zonder het woord *numerus clausus* in 1907 te gebruiken, zou hij zijn standpunt hiermee kunnen hebben samengevat.

#### 3.4.2.9 De preadviezen voor de Broederschap der Notarissen in 1914 in Groningen

Enige jaren later volgde in de notariële wereld een derde ronde van het debat over de *numerus clausus*. In hoeverre twijfel bestond over de betekenis van het arrest Blaauboer/Berlips, dan wel de consequenties van de gevestigde leer in de praktijk problemen opleverden, is niet duidelijk maar in ieder geval achtte het bestuur van de Broederschap der Notarissen het zinvol om de notarissen J.H. Wildervanck de Blécourt en F. van der Tuuk uit te nodigen om in 1914, voor de vergadering te Groningen op 29 en 30 juli, te preadviseren over de volgende drie vraagpunten:

- I. Kunnen volgens ons recht nog andere zakelijke rechten, dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde, gevestigd worden?
- II. Is het wenselijk, dat die mogelijkheid door de wet wordt uitgesloten, of moet te dien opzichte vrijheid worden gelaten?
- III. Behoort de wet de bevoegdheid toe te kennen om bedingen van beperking in den eigendom eener zaak te maken, welke ook verbindend zijn voor opvolgende eigenaren der zaak?<sup>110</sup>

De eerste twee vraagpunten betreffen het bestaan en de wenselijkheid van een *numerus clausus*; het derde vraagpunt de merites van het arrest Blaauboer/Berlips.

De twee preadviezen zijn qua opzet en inhoud sterk vergelijkbaar.<sup>111</sup> Beide preadviseurs geven uitvoerige beschrijvingen van de artikelen van Feith en van Meijers, evenals van het arrest Blaauboer/Berlips, en betonen

---

110 J.H. Wildervanck de Blécourt, F. van der Tuuk, Kunnen volgens ons recht nog andere zakelijke rechten dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevestigd worden?, Preadvies Broederschap Notarissen 1914 (vergadering Groningen), Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen in Nederland, 18 (1914) p. 9-73 resp. 74-98, met het verslag op p. 135-220.

111 Vanuit rechtshistorisch perspectief is van belang dat vooral in het preadvies van Wildervanck veelvuldig wordt verwezen naar verschillende Franse juristen, ook voor de uitleg van het begrip zakelijk recht. Er wordt in beide preadviezen ook naar Duits en Zwitsers recht verwezen, maar veel minder, en op basis van een enkele auteur. Van de oudere Nederlandse publicaties wordt de discussie tussen Vemer en Treub door Wildervanck vermeld, en de bijdrage van Juridische Spectator uit 1877 eenmaal door Van der Tuuk.

hun instemming.<sup>112</sup> Dit betekent dat het eerste, beschrijvende, vraagpunt door hen beiden ontkennend werd beantwoord.<sup>113</sup> Op basis van deze twee preadviezen uit de rechtspraktijk kan dus worden gesteld dat in brede kring werd aangenomen dat in het Nederlandse recht een numerus clausus van zakelijke rechten bestond; aangenomen werd dat geen buitenwettelijke typen zakelijke rechten konden bestaan en dat contractuele verplichtingen ten aanzien van een goed niet bindend waren voor rechtsopvolgers onder bijzondere titel.

Het is interessant om ook de antwoorden op de twee overige vraagpunten in ogenschouw te nemen, aangezien beide preadviseurs de vraag van de wenselijkheid van wijziging van het recht opwerpen. Ten aanzien van het derde vraagpunt zijn Wildervanck en Van der Tuuk het met elkaar eens; het arrest Blaauboer/Berlips komt overeen met wat wenselijk wordt gevonden.<sup>114</sup> Ten aanzien van het tweede vraagpunt lijken de standpunten echter uiteen te lopen. Wildervanck lijkt te zijn genegen om aanzienlijk meer vrijheid te scheppen bij de vestiging van zakelijke rechten, zij het dat zou moeten worden voorzien in een deugdelijk stelsel van inschrijving in de openbare registers:

"Ik zou dan (\*) in 't algemeen de vestiging van zakelijke rechten onbeperkt, althans zoo weinig mogelijk beperkt, toelaten, mits steunende op een goed gewaarborgd

- 
- 112 Wildervanck verenigt zich uitdrukkelijk met de opvattingen van Meijers op p. 28 en 40.
- 113 Wildervanck gaat naar aanleiding van het eerste vraagpunt uitvoerig in op de jurisprudentie inzake oude zakelijke rechten. Van der Tuuk, p. 85, stelt overigens dat alle denkbare zakelijke rechten onder de categorieën van art. 584 Oud BW kunnen worden gebracht: "Is dus theoretisch de vraag of zakelijke rechten onder de heerschappij van ons B.W. kunnen ontstaan niet van belang ontbloomt, voor de praktijk lijkt mij de zaak van uiterst gering belang."
- 114 Wildervanck, p. 72: "Bestaat er behoefte aan wetswijziging? Het is m.i. niet gewenscht, dat men persoonlijke verplichtingen ten aanzien van een onroerende zaak overdraagbaar maakt. Op de gronden, hierboven reeds ontwikkeld, ben ik van meening, dat men daardoor de rechten, die met die verplichtingen samenhangen, promoveert tot zakelijke. En nu zou overschrijving van alle zakelijke rechten wel een noodzakelijke veiligheidsklep hierbij zijn, maar ook met die veiligheidsklep zou ik het stelsel niet aandurven. Met vergete het niet: Zonder overschrijving verkrijgt men door acquisitieve verjaring die rechten dan ook. Men bedenke: welke ingewikkelde 'zakelijke bedingen' en dus 'zakelijke rechten' er geschapen zullen worden; hoezeer de zekerheid van den eigendom geschokt zal worden. Ook Feith heeft in zijn opstel reeds in korte woorden tegen nieuwigheden op dit terrein gewaarschuwd." Van der Tuuk, p. 94: "Welnu, acht men die beperkende bedingen wenschelijk, dan zal volkomen worden uitgewischt het onderscheid tusschen zakelijke rechten en persoonlijke rechten, maar verder zullen er geschapen worden occulte zakelijke rechten, geheel en al in strijd met het thans geldende systeem van openbaarheid, een systeem, dat in de toekomst zeker eerder uitgebreid, dan beperkt moet worden."

stelsel van openbaarheid in het belang van derden, die niet tot de vestiging hebben meegewerkt en mits binnen zekere grenzen, zoodat partijen niet aan alle door hen gedachte rechten een zakelijk karakter kunnen geven ( ) De onbeperkte vrijheid van vestiging van zakelijke rechten ligt m i. geheel in den geest en in de richting van den tegenwoordigen tijd en in verband met het verlangen van uitbreiding van ons credietwezen. Echter - ik herhaal - dat derden zich behoorlijk op de hoogte van het bestaan dier rechten moeten kunnen doen stellen "<sup>115</sup>

Wildervanck legt dus een verband tussen de vrijheid om zakelijke rechten te vestigen en de kenbaarheid van zakelijke rechten voor derden.<sup>116</sup> Zijn standpunt komt uiteindelijk vooral neer op een pleidooi om het stelsel van inschrijving van rechten in de openbare registers te verbeteren.<sup>117</sup>

Van der Tuuk gaat voor een andere boeg liggen. Hij verwijst uitdrukkelijk naar zowel het Ontwerp 1898 van de Staatscommissie uit 1887, als het Duitse en het Zwitserse recht. Hij komt vervolgens tot de conclusie dat het niet wenselijk is meer ruimte te creëren voor het vestigen van nieuwe typen zakelijke rechten:

"Uit hetgeen hier is medegedeeld blijkt dus wel, dat de wetgevers van de laatste tijd geoordeeld hebben, dat vrijheid van zakelijke rechten te vestigen niet goed is, dat men zich bij het vestigen van zakelijke rechten hebbe te houden aan de in de wet geregelde rechten. Er is dus groot verschil in de behandeling van zakelijke rechten en persoonlijke rechten en het komt mij voor, dat dit juist gezien is. De wetgever heeft toch te zorgen, dat de economische behoeften van de burgers hunne volle ontwikkeling kunnen krijgen in verband met de omstandigheden, die er zijn, maar vooral ook die in de toekomst kunnen ontstaan, daaraan kunnen zakelijke rechten, die niet door nakoming eindigen, groote schade toebrengen, verbintenissen daarentegen gaan te niet, hebben dus slechts een beperkte tijdsduur en werken dus niet voor een langere toekomst ( ) beter en eenvoudiger is het om te bepalen, welke zakelijke rechten gevestigd kunnen worden en dat geene andere meer kunnen ontstaan. Zijn nu die zakelijke rechten goed gekozen en bij de regeling veel aan de overeenkomst van partijen overgelaten, dan is daarvan ook geen nadeel voor de

---

115 Wildervanck, p. 43 resp. 44. Op de in het citaat met een asterisk aangegeven plaats staat het volgende zinsdeel: 'ik zou dan "den Wetgever in deze de meest mogelijke vrijheid willen laten en"'. Het is mij onduidelijk wat hiermee door Wildervanck wordt bedoeld, alle overige tekst op deze bladzijden doet vermoeden dat Wildervanck de vrijheid aan de rechtssubjecten zelf wil laten.

116 Vermeld moet worden dat Wildervanck reeds in de eerste zin van zijn preadvies zijn beschouwingen heeft beperkt tot de 'onroerende zakelijke rechten'. Van der Tuuk deed kennelijk hetzelfde.

117 Zie nog p. 44: "Vrijheid van vestiging dus, doch met deze beperking. De verplichting tot overschrijving in de registers der hypotheeken van akten, constateerende overdracht van onroerende zaken en vestiging van zakelijke rechten is te vaag in de wet vermeld en te veel is daarbij aan partijen overgelaten wat zij al of niet in het uittreksel der akte kunnen vermelden. Een uitdrukkelijk voorschrift dienaangaande ware gewenscht, opdat derden den titel naar zijn vollen inhoud en omvang kunnen beoordeelen."

behoeften van het leven te duchten. Binnen de perken van de geregelde zakelijke rechten kan dan aan de behoeften worden voldaan."<sup>118</sup>

Hierbij merkt Van der Tuuk opnieuw op dat bij een ruime uitleg van de erfdienstbaarheid en het opstalrecht vrijwel alle denkbare zakelijke rechten binnen de kaders van de wet zijn te brengen. De kwestie van een numerus clausus is voor Van der Tuuk vooral een kwestie van afweging welke typen zakelijke rechten in het maatschappelijk verkeer in een behoefte voorzien en verder van wetsgevingstechniek.<sup>119</sup>

Tijdens de tweedaagse debatten over deze preadviezen tekenden zich twee kampen af.<sup>120</sup> Enerzijds waren er degenen, onder leiding van professor J.C. Naber, door Van der Tuuk in zijn antwoord gekarakteriseerd als "de radicale vrijheidsman, die alles vrij wil laten"<sup>121</sup>, die uitgingen van een in beginsel onbeperkte vrijheid op grond van de wettelijke omschrijving van het eigendomsrecht in art. 625 Oud BW.<sup>122</sup> Deze vrijheid van iedere eigenaar om de rechten te vestigen zoals hij wenst, zou alleen beperkt kunnen zijn door uitdrukkelijk ingrijpen van de wetgever, wanneer deze een misstand of strijd met een algemeen belang zou constateren. Anderzijds stonden degenen die meenden dat het aan de wetgever was om te beoordelen of door middel van een wettelijke regeling aan een behoefte in het maatschappelijk verkeer moest worden voldaan.<sup>123</sup> In wezen gaat

118 Van der Tuuk, p. 89.

119 Van der Tuuk, p. 90: "Nu kan men wel bepaalde rechten verbieden, maar dit is een gebrekkig middel, dat slechts in bepaalde gevallen voorziet, terwijl een voorschrift, dat alleen bepaalde zakelijke rechten kunnen worden in het leven geroepen, veel meer aan de behoeften van het leven beantwoordt."

120 Het verslag is woordelijk gepubliceerd in: Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen in Nederland, 18 (1914) p. 135-220.

121 Van der Tuuk, p. 205.

122 J.C. Naber, p. 136-7: "De autonomie van den privaten persoon, die men in het verbintenissenrecht erkent maar ten aanzien van het zakelijk recht betwijfelt, is ook in het zakenrecht naar mij dunkt voldoende gewaarborgd, en wel door (...) artikel 625 van het B.W., waarin uitdrukkelijk gezegd wordt, dat 'eigendom is het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekte wijze te beschikken'. (...) derhalve heeft de eigenaar van een zaak de volledige vrijheid om daarop te vestigen welke zakelijke rechten het hem behage en niet alleen die zakelijke rechten, welke met name in de wet genoemd zijn.", met verwijzing naar Laurent en Pothier. Naber kreeg bijval van P.K. Tacx, p. 168, en van J.L.M.H. van Vessem, p. 178-180 en 182, die een poëtische, bijna absurde lofzang op de vrijheids-lievendheid van de Nederlanders hield.

123 Zie o.a. D.J. van Stockum, p.157-8: "En nu heeft een van de sprekers wel gezegd. wij mogen niet bij voorbaat de toekomst beheerschen, want wij weten niet in hoeverre het economisch verkeer in de toekomst zakelijke rechten zal eischen, die nu nog niet bestaan. Maar dan vind ik het toch beter te wachten tot dat de praktijk die eischen stelt en dat dan de wetgever die eischen zal toetsen aan dien anderen eisch, dat door het vestigen van zakelijke rechten niet aan de vrijheid of aan de economische



het eerste standpunt uit van het verbiedende karakter van wetgeving, terwijl het tweede standpunt uitgaat van de veroorlovende aard van wetten. De laatsten beriepen zich daarbij op de tekst en de historie van de wet.<sup>124</sup>

Deze standpunten betroffen niet alleen de eerste twee vraagpunten betreffende de numerus clausus, maar werkten ook door in de opvattingen over het derde vraagpunt, de wenselijkheid van de erkenning van de mogelijkheid om door middel van bedingen ten laste van een eigenaar ook rechtsopvolgers onder bijzondere titel te binden. Het liberale kamp meende dat men vrij moet zijn om te bedingen wat men wenst en dat anderen geen oordeel hebben te vormen over de validiteit van hun verlangens. Het behoudender kamp vreesde echter dat men in de praktijk de eigen belangen te zwaar zou laten wegen, met eeuwigdurende bedingen die het rechtsverkeer hinderen tot gevolg.<sup>125</sup> Toch bestond ook in dit kamp begrip voor de noodzaak om tegemoet te komen aan bijzondere maatschappelijke behoeften aan bedingen die een eigenaar en zijn rechtsopvolgers verplichten zich te onthouden van de een of andere activiteit.<sup>126</sup> In feite werd daartoe in de opposities de rechtsfiguur in de steigers gezet die

---

waarde van den eigendom wordt getornd. Ik zou dus met de invoering van nieuwe zakelijke rechten willen wachten tot de praktijk die noodig oordeelt en de wetgever die oirbair acht."

- 124 Interessant is dat de voorzitter Chs. Miseroy, p. 188, de numerus clausus-bepaling in art. 973 van het ontwerp 1820 besprak. Z.i. gaf deze ontwerp-bepaling het later geldende recht weer, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling van dien aard in het BW: "Wij weten allen, dat bij het maken van ons tegenwoordig burgerlijk wetboek, - dat dan gevolgd is op het nooit ingevoerde wetboek van 1830 - die leerstellige voorschriften niet zijn gevolgd, niet omdat men meende van het wetboek van 1820 ten deze te moeten afwijken, maar alleen omdat men van oordeel was, dat dergelijke voorschriften in een wetboek niet thuis behoorden." Van Vessem, p. 178, beriep zich er daarentegen op dat in het BW een bepaling zoals art. 13 van het Ontwerp 1898 juist ontbrak. Miseroy deed op p. 189 ten faveure van het bestaan van de numerus clausus ook nog een beroep op "de theorie van Meijers" dat geen subjectief recht kan bestaan zonder de steun van een regel van objectief recht.
- 125 Zie o.a. G. Flug, p. 152: "Wanneer wij ons sommige bepalingen voor den geest roepen, welke wij allen in verschillende acten zijn tegenkomen, dan moet men tot de conclusie komen, dat deze meestal slechts kleine, benepen belangetjes betroffen, ofschoon ik terstond wil toegeven, dat door enkele ook wel eens groote belangen worden gediend. Maar deze groote belangen, algemeene belangen, zullen meestal door een bepaald individu niet in het oog gevat worden. Hij zal ze niet in het oog kunnen vatten, omdat ze buiten zijn gezichtskring vallen. (...) Iemand, die eenmaal afstand doet van zijn eigendom, behoeft niet gesteund te worden in zijn begeeren, om op en in zijn gewezen eigendom alsnog eenige medezeggenschap te blijven uitoefenen, door dergelijke beperkende bepalingen opgelegd."
- 126 Miseroy, p. 192, ontleende een argument voor de erkenning van dergelijke bedingen aan het feit dat het recht van erfpacht wel mogelijkheden tot verzakelijking van verplichtende bedingen bood.

nu de naam 'kwalitatieve verbintenis' draagt. Implicite wordt in alle opposities aangenomen dat het moest gaan om een verplichting tot een dulden of een niet doen. Deze verplichting zou volgens sommigen geen zakelijk karakter kunnen krijgen, maar persoonlijk van aard blijven. Allen waren het er verder over eens dat in een adequaat stelsel van publiciteit zou moeten worden voorzien; inschrijving van een dergelijk beding in openbare registers zou een vereiste moeten zijn.<sup>127</sup> Ten slotte wenste men dat een dergelijk beding niet eeuwig zou kunnen voortbestaan; met instemming van velen werd voorgesteld de geldigheid van het beding te beperken tot 30 jaar.<sup>128</sup>

Het belang van de preadviezen uit 1914 is uiteindelijk niet zozeer gelegen in hun inhoud als wel in hun bestaan.<sup>129</sup> Ze maken duidelijk dat de kwestie van de partijautonomie in het goederenrecht en van het dwingen-de karakter van de catalogus van erkende goederenrechtelijke rechten aan het begin van de 20e eeuw een prominente rol speelden in het algemene bewustzijn van de juristen. Interessant is dus vooral het feit dat deze vraag werd gesteld.

---

127 Zie Wertheim op p. 147, Vlug op p. 151, D.J. van Stockum op p. 162-164, Van Vessem op p. 182. Men bedenke zich dat het publiciteitsstelsel destijds nog niet zo goed was ontwikkeld als thans; Miseroy, p. 193, deed en passant dan ook het voorstel om het registerstelsel te verbeteren door het fiscaal kadaster dienstbaar te maken aan het civiele recht.

128 Zie vooral D.J. van Stockum op p. 162: "Dergelijke bedingen zullen gewoonlijk voor dengene, die ze maakt, wel tijdelijk van zeer veel belang zijn, maar het is in den regel niet van belang voor hem, dat zij eeuwigdurend blijven bestaan en na een langen tijd zal dat belang in allen gevalle zoo klein zijn geworden, dat het ruimschoots wordt opgewogen door het algemeen belang, dat eischt, dat dergelijke lasten na een bepaalden tijd weer gecasseerd worden. Nemen wij een termijn van 30 jaren aan, dan zullen deze bedingen aan de algemeene economische ontwikkeling van de goederen geen schade doen, maar laten wij die bedingen eeuwigdurend in stand, dan kunnen er toestanden ontstaan, waarbij allerlei verplichtingen en beperkingen, welke voor niemand nut hebben doch hinderlijk werken, toch in stand blijven omdat men anders kans loopt boete te moeten betalen." Zie ook Pilaar op p. 166, en ten slotte Miseroy, p. 192, die sprak van "den tijd van het juridische menschenleven, den tijd van 30 jaren". B. Meesters, p. 186, bracht in dit kader de algemene behoefte aan mogelijkheden tot opheffing van zakelijke rechten onder de aandacht: "Het zou toch zeker niet zulk een groot nadeel zijn wanneer meerdere zakelijke rechten konden worden gevestigd, indien maar tevens de mogelijkheid bestond dat ze te zijner tijd zonder chicanes weer kunnen worden opgeheven."

129 In de belangrijkste handboeken destijds is niet naar de preadviezen verwezen; wel in het proefschrift van J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten*, diss. Leiden, 1928, p. 2 en 6.

### 3.4.2.10 Conclusies

Op basis van deze analyse van de literatuur tot 1915 en op basis van de rechtspraak die in hoofdstuk 2 is weergegeven, kan de conclusie zijn dat in de Nederlandse literatuur en in de Nederlandse rechtspraak sinds ongeveer 1905 door een ruime meerderheid het bestaan van de numerus clausus is aangenomen, ook al is deze term nooit gebruikt. In algemene zin werd vanaf 1905 ook in de rechtspraak erkend dat voor partijen geen ruimte bestond om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren. In de literatuur is het primaat van de wet al verwoord in de eerste, zeer invloedrijke commentaren van Diephuis en Opzoomer. Anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk, waar van meet af aan door verschillende auteurs is verdedigd dat de eigenaar wel de vrijheid had zijn recht te ontleden zoals hij wenste, is in Nederland pas laat verzet aangetekend tegen de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten. De 'bezwaarschriften' waren noch voldoende grondig noch voldoende gezaghebbend om de doctrinaire communis opinio inzake de numerus clausus te doorbreken. In wisselende bewoordingen is dit standpunt steeds vertolkt door de bewerkers van de invloedrijke Asser-serie<sup>130</sup> en verder onder andere in 1911 door Goude-

---

130 In het Tweede deel is steeds betoogd dat door partijen geen nieuwe typen zakelijke rechten konden worden gecreëerd. In 2<sup>e</sup> druk 1890, bewerkt door C. Asser, p. 22, kwam nog slechts de onvolledigheid van de opsomming in art. 584 Oud BW ter sprake. Naar aanleiding van de publicaties in het W v N en R is vanaf de 3<sup>e</sup> druk 1896, bewerkt door C. Asser, ook ingegaan op de mogelijkheid om nieuwe rechten te creëren, op p. 24 ("Wij voor ons achten het niet waarschijnlijk dat de wet zou hebben gewild dat het aantal zakelijke rechten evenals dat der overeenkomsten onbegrensd zou zijn ( ) Zonder het bestaan echter van althans eenigen wettelijken grondslag zouden wij geene rechten als zakelijke rechten durven aanmerken"), ongewijzigd gehandhaafd in de 4<sup>e</sup> druk 1905, bewerkt door Paul Scholten, p. 28, met toevoeging van een verwijzing naar HR 20 mei 1887, W 5441, gewijzigd en uitgebreid in de 5<sup>e</sup> druk 1913, p. 31-33, met verwijzing naar het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 en het opstel van Meijers uit 1907, en met een curieuze slotpassage ("In hoeverre rechten kunnen voorkomen, die sommige doch niet alle kenmerken van zakelijke rechten vertoonen, zoogenaamde jura in rem scripta, ad rem, wordt later bij de verschillende onderwerpen waarmede zij verband houden, besproken, en hier slechts pro memoria vermeld"), op deze slotpassage na gehandhaafd in de 6<sup>e</sup> druk 1927, p. 36-38, zonder verwijzing naar de preadviezen, maar met verwijzing naar Land, II, p. 57 (kenmerkend de 2<sup>e</sup> druk), Meijers, Opzoomer-Goudekot III, p. 169, en nadere bespreking van jurisprudentie ("Men zegt wel, dat de jurisprudentie anders leert. Ik kan dat niet zonder meer onderschrijven ( )"), ongewijzigd gehandhaafd in de 7<sup>e</sup> druk 1933, p. 37-40, met toevoeging van een verwijzing naar het artikel van Van Praag in Themis 1922, en verder met vermelding van Hofmann p. 37, de dissertatie van De Meijere en de andersluidende beschouwing van Telders uit 1929 (waarover hierna).

ket<sup>131</sup>, in 1940 door Suijling<sup>132</sup> en verder in dezelfde tijd door nog anderen<sup>133</sup> Slechts een enkeling, zoals B M Telders in 1929, heeft later nog betoogd dat wel degelijk ruimte bestond voor de vestiging van nieuwe typen zakelijke rechten<sup>134</sup>

Uit de analyse van de Nederlandse literatuur kan bovendien de rechts-historische conclusie worden getrokken dat de *numerus clausus*-gedachte

- 131 Opzoomer-Goudekete, 1911, p 160-171, voluit Het Burgerlijk Wetboek verklaard door C W Opzoomer, derde druk 1911, Derde Deel, bewerkt door Jules Goudekete Az., Eerste Stuk - Artt 555-624, p 160-171 (commentaar op art 584) In zijn uitvoerige bespreking van de vraag wat een zakelijk recht is, op p 162-167, besteedde Goudekete veel aandacht aan stromingen in de Duitse literatuur
- 132 J Ph Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940, nr 1, nr 75 "Aan den zaak kunnen daarom enkel de zakelijke rechten bestaan, welke de wet zelf noemt En tenzij de wet bij uitzondering aan de partijen vergunt op den inhoud van een zakelijk recht invloed te oefenen (o a artt 721 vlg, 1211), schenken zakelijke rechten geen andere bevoegdheden dan de wet daarin opgesloten verklaart Het zakenrecht is dwingend recht, voor zoover niet uitdrukkelijk of stilzwijgend het gezag van den partijwil erkend wordt Aangezien de wet nergens de schepping van andere dan de door haar erkende zakelijke rechten toestaat, zijn zakelijke rechten buiten de wet derhalve onbestaanbaar"
- 133 Zie o a A Blom, Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken, diss Utrecht, 1929, no 152 p 120 "Uit de inrichting van ons wetboek blijkt duidelijk, dat de zakelijke rechten limitatief geregeld zijn Daar echter de wet zelf den limiet niet aanwijst, worden wij niet heel veel wijzer Wel bevat art 584 B W een opsomming, die op het eerste gezicht aan dezen eisch schijnt te voldoen, doch het ontbreken van door de wet zelf erkende zakelijke rechten heeft van meet af aan alle schrijvers weerhouden, om art 584 B W au serieux te nemen"
- 134 In een bespreking van het proefschrift van J C de Meyere, Oude nog bestaande zakelijke rechten, diss Leiden 1928, is de *numerus apertus* bepleit door B M Telders, Niet in het Burgerlijk Wetboek geregelde zakelijke rechten, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis IX (1929), p 182-210, en in VG dl VI, 1949, p 28 e v Door De Meyere, p 6-8, waren verschillende argumenten voor de ontoelaatbaarheid van nieuwe zakelijke rechten beschreven het van het Franse recht afwijkende stelsel van openbaarheid van titels van zakelijke rechten, ondanks de gelijkenis van art 625 BW met art 544 Cc, het wettelijk stelsel omtrent erfdiensbaarheden, art 973 van het Ontwerp-1820 en ten slotte de *considerans* van de wet van 25 december 1824 tot invoering van titels over opstal en erfpacht (ten einde daardoor gelegenheid te verschaffen om zoodanige overeenkomsten op een wettige wijze te kunnen treffen), een argument dat waarschijnlijk aan Goudekete is ontleend Telders bear-gumenteerde vervolgens in zijn recensie dat geen van de argumenten pro, evenmin als de argumenten contra, de *numerus clausus* doorslaggevend waren Ten aanzien van het opstel van Meijers uit 1907 stelde Telders dat het hoogstens de onwenselijkheid van de vestiging van nieuwe zakelijke rechten betoogde, vanwege het gebrek aan publiciteit Telders nu was van mening, mede op grond van art 974 van het Ontwerp-1820, dat aan het BW een algemeen beginsel van openbaarheid ten grondslag lag, dat in het algemeen voorschreef dat zakelijke rechten werden ingeschreven in de openbare registers Binnen dit kader was Telders geneigd de vrije vestiging van zakelijke rechten wel toe te laten Vgl ook J Talsma Jz, Onze zoogenaamde zakelijke zekerheidsrechten - proeve eener publicatietheorie, diss Groningen, 1930, p 294-296

niet afkomstig is uit de 19<sup>e</sup> eeuwse Duitse rechtspraak en literatuur zoals ook thans vaak wordt aangenomen. In Nederland vormde de uitleg van art. 584 Oud BW, in het bijzonder van de term 'vruchtgenot', een zelfstandige basis voor het debat over de mogelijkheden om ofwel reeds afgeschafte oude, ofwel niet in de wet geregelde nieuwe zakelijke rechten te creëren. In het bijzonder enige vonnissen en arresten over oude zakelijke rechten vormden de aanleiding voor de exegese van art. 584 en ook art. 564 Oud BW. Wel zijn aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw elementen van de Duitse dogmatiek, zoals het pandektistische eigendomsbegrip en het Savigniaanse systeem van het vermogensrecht, in de Nederlandse discussie een grote rol gaan spelen, soms uitdrukkelijk, maar meestal indirect via de grote handboeken van Nederlandse juristen van wie duidelijk is dat zij in belangrijke mate door de Duitse doctrine werden geïnspireerd.

Van algemener belang is de constatering dat het vraagstuk van het begin af aan in verband is gebracht met de wil van de wetgever en de aard van wetgeving. De numerus clausus van goederenrechtelijke rechten is steeds gebaseerd geweest op het principiële uitgangspunt van exclusiviteit van de geldingskracht van wetten. Deze constatering doet vermoeden dat een numerus clausus dient te worden gezien in verband met het proces van de codificatie van recht en de daaruit voortvloeiende positie van de wetgever ten opzichte van vooral de rechterlijke macht. De numerus clausus is een gevolg van de formele exclusiviteit van de wet als rechtsbron. Zo gezien is het model van numerus clausus een aspect van het klassieke rechtsbronnendebat.

De stand van zaken in het rechtsvindingsdebat aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw in Nederland wordt fraai weerspiegeld in het slot van het reeds geciteerde artikel van J. van Kan uit 1917, waar hij ten aanzien van art. 584 Oud BW stelt:

"Zoo vermag ook op dit punt historisch onderzoek het dreigend juk der historie af te schudden. Nu is gebleken, dat de pentarchie-formule van ons Wetboek op het oogenblik van hare totstandkoming zelf geen regelende aanspraak had, behoeven wij van haar geenerlei verhindering voor ons rechtsleven te duchten. Ware de uitkomst anders geweest, wij zouden wel op middelen bedacht zijn, om het stelsel van onze zakelijke rechten zoo noodig uit de klem van een verouderd dogma, tot wetsartikel versteend, te redden. De wet is niet de eenige bron van recht. Maar zij is de kern van het rechtssysteem. Men moet beginnen met te weten wat de wet wil. Daarna kan worden uitgezien naar de beteekenis van andere rechtsbronnen. Ditmaal is reeds langs den weg van historisch onderzoek de onschadelijkmaking bereikt van een wetsvoorschrift, dat nauwelijks den naam van voorschrift verdient. Van die zij-

de althans worden de zakelijke rechten, waaraan onze samenleving misschien behoefte blijkt te hebben, niet bedreigd."<sup>135</sup>

### 3.5 De herkomst in het Duitse recht

De Duitse beoefening van het Romeinse recht vanaf het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw, meestal aangeduid als de Pandektistiek<sup>136</sup>, is de bakermat van de *numerus clausus* in het goederenrecht, zo is de conclusie van rechtshistorisch onderzoek naar de herkomst van het dogma in het Duitse recht door de Zwitser Wolfgang Wiegand.<sup>137</sup> Hij heeft uiteengezet dat de Duitse wetgever zich bij de vervaardiging van een burgerlijk wetboek voor het gehele Duitse rijk in belangrijke mate heeft laten leiden door het dogmatisch-systematische model dat was gebaseerd op een geheel nieuw eigendomsconcept. Een *numerus clausus* van beperkte zakenrechtelijke rechten maakte deel uit van dit model. Met een beschrijving van het systeem van het zakenrecht in het BGB (§ 3.5.1) kan echter niet worden volstaan. Om de betekenis van de *numerus clausus* in het Duitse recht te doorgronden, moet ook aandacht worden besteed aan de ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht (§ 3.5.2) en aan de maatschappelijke context van de *numerus clausus* en meer algemeen het vermogensrecht in het BGB (§ 3.5.3).

#### 3.5.1 Het systeem van het zakenrecht in het BGB

De *numerus clausus* in het Bürgerliches Gesetzbuch dat in 1900 in werking is getreden, is rechtstreeks geworteld in het abstracte eigendomsbegrip van eerst de Historische School en vervolgens de Pandektistiek, zoals verwoord door m.n. F.C. von Savigny (1779-1861), G.F. Puchta (1798-1846) en Bernhard Windscheid (1817-1892), en in het Savigniaanse concept van

135 J. van Kan, Het vruchtgenot van art 584 B.W., WPNR 2483-2486 (1917), slot.

136 Over de pandektistiek: zie in de Nederlandse literatuur vooral J.H.A. Lokin, Het NBW en de pandektistiek, in: BW-Krant Jaarboek 10 (1994), p. 125-139, en W.J. Zwolve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 2<sup>e</sup> druk 2003, p. 46-47.

137 Wolfgang Wiegand, *Numerus clausus der dinglichen Rechte - Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas*, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte (Festschrift Karl Kroeschell), 1987, p. 623-643 (hierna verkort geciteerd als Wiegand (1987)), zie ook de samenvatting hiervan in het eerste gedeelte van een ander artikel van Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, AcP 190 (1990), p. 112-138 (hierna: Wiegand (1990)), zie tevens zijn bijdrage, *Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB*, in: 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18.-20. Juni 1998 in München, p. 107-126 plus verslag, (hierna: Wiegand (1998))

het vermogensrecht.<sup>138</sup> Deze dogmatische modellen zijn duidelijk terug te vinden in de uitvoerige toelichting van Reinhold Johow (1823-1904) bij zijn Voorontwerp voor het zakenrecht uit 1880.<sup>139</sup> De essentie hiervan is vervolgens in beknopte vorm opgenomen in de ambtelijke toelichting bij het definitieve wetsontwerp uit 1888, kortweg aangeduid als de *Motive*.<sup>140</sup> De verschillende elementen van het systeem van het BGB worden achter-eenvolgens beschreven na een schets van het gedachtengoed van Savigny.

### 3.5.1.1 Het vermogensrecht volgens Savigny

Het uitgangspunt is het door Savigny in 1840 ontworpen systeem van het vermogensrecht.<sup>141</sup> Daarin wordt een scherp onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechtsverhoudingen gemaakt. Het wezen van elke *Rechtsverhältnis* is volgens Savigny die *Herrschaft des individuellen Willens*. Er zijn slechts twee mogelijke objecten van een rechtsverhouding: enerzijds die *unfreye Natur*, met andere woorden lichamelijke zaken, en anderzijds *fremde Personen*, met andere woorden verbintenissen, die *Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person* verschaffen. Deze tweedeling dient volgens Savigny te leiden tot scherpe scheiding en afgrenzing van zakenrecht en verbintenissenrecht, waarbij nadruk wordt gelegd op de zelfstandigheid en de autonomie van beide rechtsgebieden.

Deze redenering kan als volgt worden verstaan.<sup>142</sup> Het eerste type rechtsverhouding, het eigendomsrecht op een zaak, verschaft de rechthebbende de volledige heerschappij over een zaak. Het tweede type rechts-

138 Von Savigny en Thibaut worden aangemerkt als vertegenwoordigers van de Historische School, die voorafging aan de Pandektistiek. Bernhard Windscheid (1817-1892) wordt gezien als de grootste Duitse pandektist. Zie over deze stromingen o.a. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert - Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, 1989, § 7, en Paul Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Nederlandse editie, 3<sup>e</sup> druk 2000, h. XV.

139 Het ontwerp voor het zakenrecht en de toelichting van Johow zijn opnieuw uitgegeven door Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht*, verfaßt von Reinhold Johow, deel 1, Berlin 1982. Reeds in 1874 was door Johow een vertrouwelijke schets voor het ontwerp zakenrecht voorgelegd aan de Redaktorenkonferenz. Ook deze schets is gepubliceerd door Schubert, p. XXIX e.v.

140 *Voluit. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band III, *Sachenrecht*, Amtliche Ausgabe (1888).

141 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, Zweytes Buch, *Die Rechtsverhältnisse*, Kap. I §§ 52-59.

142 Zie J.M. Smits, Van partijen en derden; over interpretaties van de *numerus clausus* van zakelijke rechten, GOM XIII (1996), op p. 51, met verwijzingen naar het werk van Savigny.

verhouding, het recht op een prestatie van een andere persoon, mag echter niet op vergelijkbare wijze volledige heerschappij over die ander verschaffen, aangezien de medemens dan eigendom zou worden van de schuldeiser. Daarom verschaft de tweede soort rechtsverhouding geen volledige heerschappij over de ander maar slechts heerschappij over een enkele handeling van de andere persoon. De consequentie is dat het zakenrecht en het verbintenissenrecht vanwege de geheel verschillende aard van de twee typen rechtsverhoudingen strikt gescheiden rechtsgebieden moeten zijn. De vervolgstap is dat in het zakenrecht geen plaats is voor partijautonomie, aangezien de heerschappij die eigendom verschaft, volledig en onbeperkt is.<sup>143</sup>

Savigny keerde zich op grond van de autonomie van zakenrecht en verbintenissenrecht uitdrukkelijk tegen zowel sommige van de destijds bestaande Duitse wetboeken, zoals het Allgemeine Landrecht van Pruisen uit 1794, als de Franse Code civil uit 1804. De Code civil maakte volgens hem ten onrechte de verbintenis ondergeschikt aan de zakelijke rechten door de verschillende typen verbintenissen te presenteren als gronden voor de verkrijging van zakelijke rechten.

Deze nadruk op de zelfstandigheid van het zakenrecht is overgenomen door Johow in zijn toelichting bij het voorontwerp<sup>144</sup> Vervolgens is de

---

143 Het is voor mij op het eerste gezicht niet direct duidelijk waarom de partijautonomie in het verbintenissenrecht wel onbeperkt zou kunnen zijn, weliswaar verschaft een persoonlijke recht slechts heerschappij over een enkele handeling van een ander, maar gemeend kan worden dat deze ook in dit beperkte opzicht bescherming verdient. Inderdaad blijkt Savigny geen onbeperkte vrijheid in het verbintenissenrecht aan te willen nemen, aangezien deze leidt tot 'onvrijheid' van de schuldenaar. Zie hierover Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? - Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, *Jus Privatum* 39, 2001, p. 206-209 en ook 252-253. De verruiming van de contractsvrijheid in het verbintenissenrecht moet overigens worden bezien in het tijdsbestek waarin Savigny leefde, zowel op juridisch-dogmatisch vlak - zoals nog aan de orde komt -, als op maatschappelijk vlak, zoals is uiteengezet door F. Schöbi, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), het lemma *Sachenrecht*, Band IV, 1990, kolom 1221. "Der Kanon der zur Verfügung gestellten dinglichen Rechte steht im Zusammenhang mit konkreten sozialen Bedürfnissen. Die dinglichen Rechte, die sich in der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik durchgesetzt haben (Eigentum, Pfandrechte und Dienstbarkeiten), brachten denn auch deutlich die Ambitionen einer mehr und mehr kapitalistisch organisierten Gesellschaft zum Ausdruck ( ) in der Optik dieser Gesellschaft [sollte] der dinglich Berechtigte - im Vordergrund stand natürlich der Eigentümer - jederzeit neu darüber entscheiden können, wie er die Sache, die ihm gehörte, wirtschaftlich optimal einsetzen wollte. Zu diesem Zweck erweiterte man folgerichtig die schuldrechtliche Autonomie des Einzelnen (Vertragsfreiheit)." Zie ook A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, 1994.

144 Johow, p. 1, geciteerd door Wiegand (1990) op p. 114, en Wiegand (1998) op p. 108.



zelfstandigheid van het zakenrecht uitdrukkelijk verwoord in de ambtelijke Motive bij het daarop gebaseerde regeringsontwerp:

"Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des Entwurfes eine selbständige Stellung ein. Es schließt sich ab einerseits gegen das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht, andererseits gegen das Erbrecht. Seine Selbständigkeit beruht wesentlich in dem Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte. Denn während das Obligationenrecht und das Familienrecht nur die rechtlichen Beziehungen der Personen zu einander in's Auge fassen und daher grundsätzlich nur mit persönlichen Rechten es zu thun haben, das Erbrecht aber den Uebergang des Vermögens einer verstorbenen Person auf eine andere bestimmt, hat das Sachenrecht die Aufgabe, die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache, mithin vornehmlich die dinglichen Rechten zu ordnen.

Aeltere Gesetzbücher, namentlich das preußische Allgemeine Landrecht und der Code civil, vermengen vielfach obligationenrechtliche und sachenrechtliche Vorschriften mit einander, indem sie die in jedem subjektiven Rechte, auch in dem dinglichen, obschon in diesem nur mittelbar, vorhandene persönliche Richtung zum Ausgang nehmen und die Obligationen nur als Mittel zur Erwerbung oder zur Veränderung dinglicher Rechte behandeln. Eine solche Methode wird den begrifflichen Gegensätzen nicht gerecht, sie erschwert die Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse und gefährdet hierdurch die richtige Anwendung des Gesetzes. Die Wissenschaft hat dies längst erkannt, und die neueren Kodifikationen sind ihrem Vorgange gefolgt."<sup>145</sup>

Uit het wezen van het begrip rechtsverhouding in verband met het object - een zaak versus een prestatie - vloeien in deze gedachtengang de zelfstandigheid en de autonomie van het zakenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht voort. Het beeld van het Savigniaanse concept van het vermogensrecht is hiermee echter niet volledig; verschillende andere elementen van het Duitse zakenrecht zijn er tegelijkertijd en in onderling verband uit voortgevloeid, met name de inperking van het zaaksbegrip, de verandering van het eigendomsbegrip dat tot één type is geabstraheerd, de *numerus clausus* van beperkte rechten, de beperking van onoverdraagbaarheidsbedingen en de bescherming van verkrijgers van een niet-gerechtigde, onder andere door middel van een abstract stelsel van overdracht.<sup>146</sup>

---

145 Motive, p. 1, eerste twee alinea's, onder de kop 'Allgemeine Gesichtspunkte, I. Stellung des Sachenrechtes in dem Systeme des Entwurfes.'

146 Wiegand (1990), p. 116, no. 3, spreekt van "eine Reihe von dogmatischen und prinzipiellen Festlegungen", "Für die hier darzustellenden Zusammenhänge ist entscheidend, daß sie sich mit einer gewissen Automatik aus dem Grundentscheid für

### 3.5.1.2 Het zaaksbegrip

Voorafgaande aan de invoering van het BGB kenden de Duitse rechtsstelsels, evenals het gemene recht in veel andere streken, een ruim eigendomsbegrip dat ook 'onlichamelijke zaken' omvatte.<sup>147</sup> Het begrip was beïnvloed door natuurrechtelijke zienswijzen, waarin het begrip dominium ruim werd geïnterpreteerd als omvattende alle vermogensbestanddelen die waarde vertegenwoordigen. In de analyse van o.a. Savigny en Puchta, waarin het zakelijk recht werd uitgelegd als de totale heerschappij over een zaak zonder dat de rechthebbende voor de uitoefening van zijn recht afhankelijk is van anderen, was voor een ruim zaaksbegrip echter geen plaats.<sup>148</sup> In de Motive is het begrip zakelijk recht daarom uitdrukkelijk beperkt tot lichamelijke zaken:

"Das obligatorische Recht begründet für den Berechtigten einen Anspruch auf Leistung gegen den Verpflichteten. Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst, und zwar entweder als Eigenthum oder als begrenztes Recht, je nachdem der Wille des Berechtigten für die Sache in allen oder nur in gewissen Beziehungen derselben maßgebend ist; der Anspruch, welchen es erzeugt, beschränkt sich nicht auf die Richtung gegen eine bestimmte Person.

(..)

Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache. Darauf, ob diese Macht von dem Berechtigten selbst oder nur in einem von dem Organe der Rechtsordnung geleiteten Verfahren ausgeübt werden darf, ist kein Gewicht zu legen. Entscheidend ist nur, daß das Recht sich ohne den Willen eines Anderen zu bethätigen vermag, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird.

Hieraus folgt zugleich, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Ueber Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesammtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht niet uben."<sup>149</sup>

Sinds 1900 geldt in het Duitse recht dus een strikt zaaksbegrip, waartoe het eigendomsrecht is beperkt.<sup>150</sup> Volgens Wiegand vormt dit zaaksbegrip

---

die beschriebene Autonomie des Sachenrechts ergeben und im Kern bereits alle im *Savigny'schen Modell* angelegt sind."

147 Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I, *Alteres Gemeines Recht* (1500 bis 1800), 1985, § 50.1.1.

148 G.F. Puchta (1798-1846), *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 4<sup>e</sup> druk 1854, §§ 144 en 146; de eerste druk is uitgegeven in 1847-1848.

149 Motive, p. 2, in: § II.1 'Begriff des dinglichen Rechtes', eerste, derde en vierde alinea.

150 Zie § 90 BGB: 'Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände'. Wiegand contrasteert deze bepaling met een wetsartikel uit het veel oudere, sterk natuurrechtelijk geïnspireerde Oostenrijkse ABGB uit 1811, waarin van een ruim eigendomsbegrip wordt uitgegaan: § 353 ABGB bepaalt: 'Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum.'

ook de basis voor het bepaaldheidsvereiste: de heerschappij over een zaak betekent de uitoefening van feitelijke macht, wat alleen mogelijk is indien de zaak volledig is geïndividualiseerd.<sup>151</sup>

Een consequentie van het enge zaaksbegrip en het daarop gefundeerde zakenrecht is dat de onlichamelijke zaken, vooral vorderingsrechten, naar het verbintenissenrecht werden verbannen, ook al kon desnoods het zakenrecht per analogiam worden toegepast.<sup>152</sup> Een tweede consequentie is dat het intellectuele eigendomsrecht buiten het zakenrecht is komen te staan.

### 3.5.1.3 Het eigendomsbegrip

Voordat het Bürgerliches Gesetzbuch in 1900 in werking trad, was in de Duitse gebieden geen sprake van een uniform, abstract eigendomsbegrip. Naast inheems Germaans recht gold tot aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw leenrecht.<sup>153</sup> Het was de bron van talloze heerlijke rechten.<sup>154</sup> Zo bestond het dat de één als rechthebbende werd beschouwd van bijvoorbeeld een boomgaard of een vijver, en een ander als rechthebbende van de vruchten of de vis. De receptie van het Romeinse recht leidde ertoe dat deze leenrechtelijke verhoudingen werden verklaard in privaatrechtelijke termen

---

151 Wiegand (1990), p. 117.

152 Vgl. Helmut Coing, *Europaisches Privatrecht*, Bd. I, 1980, p. 7; en Bd. II, 19. Jahrhundert - Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, 1989, § 65.I.3, p. 369: "Dagegen hat sich in der Pandektistik ein engerer Sachbegriff durchgesetzt. Als Sachen werden nur körperliche Gegenstände angesehen. Die einschlägige Institutionenstelle ist dahin interpretiert worden, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit habe, unkörperliche Gegenstände wie Sachen zu behandeln."

153 Tussen 1800 en 1850 vond in een verschillende Duitse gebieden 'die große Agrarreform' plaats, waarbij de meeste leenrechtelijke verhoudingen werden afgeschaft; zie Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930 (herdrukt in 1970 en 1994), § 22.6, p. 86. Zie voor een korte weergave van de grondtrekken van het Middeleeuwse leenrecht J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, 1986, p. 299-302, 1992, p. 345-348.

154 Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 22.2b, p. 85: "Wenn wir ein Gleichnis aus der Botanik heranziehen, und die dinglichen Rechte uns als Bäume vorstellen, die auf dem Boden des Eigentums wachsen, so mußten wird uns Deutschland als dicht bewaldet denken, und zwar, was von besonderer Bedeutung ist, bedeckt mit einem Mischwald, der die verschiedenartigsten Baumarten aufwies, regellos durcheinandergewachsen, ein schweres Hindernis für die wirtschaftliche Tätigkeit des Eigentümers und jedes Bodenbenutzers." Deze beeldspraak is voortgezet op p. 87 (§ 22.7 slot): "In statistischer Hinsicht hat sich die Hoffnung auf 'freies Eigentum' nicht erfüllt. Der frühere Mischwald ist durch einen einförmigen, aber stark verbreiteten Hypothekenwald ersetzt worden (wie in der Forstwirtschaft der Mischwald größtenteils dem einheitlichen Fichtenbestand gewichen ist)."

van eigendomsvormen.<sup>155</sup> In de Duitse doctrine tot de 20<sup>e</sup> eeuw pleegde dan ook het onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* te worden gemaakt, te verstaan als verschillende, gesplitste vormen van eigendom.<sup>156</sup>

Dit onderscheid is met groot succes bestreden door Thibaut (1772-1840) in 1801, in zijn opstel *Über dominium directum und dominium utile*.<sup>157</sup> Zijn werk en de daarop voortbouwende pandektistiek halverwege de 19<sup>e</sup> eeuw hebben geleid tot een *Neuorientierung* van het eigendomsbegrip in de rechtstheorie. Deze betreft niet alleen het object van eigendom - de hiervoor besproken beperking van het zaaksbegrip -, maar ook de toedeling ervan aan één rechtssubject. De wezenlijke aspecten van het nieuwe eigendomsbegrip waren totaliteit, abstractheid, en absoluutheid.<sup>158</sup> Het 'ware' eigendomsrecht geeft de totale heerschappij over een lichamelijke zaak; het is het meest volledige recht dat men op een zaak kan hebben. In deze conceptie van het eigendomsrecht kon er slechts één, bij uitsluiting van anderen gebruiks- en beschikkingsbevoegde eigenaar zijn. Een beperkt recht is dan noodzakelijkerwijs een *ius in re aliena*, erdoor gekenmerkt dat het niet de totaliteit van de eigendom omvat en dat het een tijdelijke belasting van de eigendom is waarvan de eigendom kan worden bevrijd.<sup>159</sup> Uit het eigendomsbegrip vloeit dus als keerzijde ook de invul-

- 
- 155 Ketelaar, Oude zakelijke rechten, diss. Leiden 1978, p. 13: "De receptie van het Romeinse recht, sedert de 15<sup>e</sup> eeuw, heeft echter gezorgd voor 'privatisering' van het recht, zoals Immink het uitdrukte. De vroegere publiekrechtelijk getinte rechtsverhoudingen kwamen 'in de ban van het Romeinse privaatrecht'. Dit privaatrecht wordt dan mede gebruikt als 'transportmiddel' om bevoegdheden van 'middeleeuws publiekrecht' te doen circuleren in het rechtsverkeer."
- 156 Zie voor de geschiedenis van de gesplitste eigendom en in het algemeen het eigendomsbegrip m.n. Wolfgang Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der Abstrakte Eigentumsbegriff*, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III, 1976, p. 118-155. Zie ook Frank Martin Krauss, *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert - Eine Untersuchung zum Fortbestand des Teilungsgedankens*, Rechtshistorische Reihe, Band 198, diss. Tübingen, 1999. Zie over leenrecht en gesplitste eigendom verder kort W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europees Privaatrecht, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 1993, p. 65 en 116 e.v. (2003, p. 112-113 en 200 e.v.).
- 157 Dit opstel maakt deel uit van het werk *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Band II. Zie over het werk van Thibaut o.a. Wiegand, a.w. (1976), passim, m.n. p. 134 e.v.; Krauss, a.w., p. 26-30. Zie ook P. Scholten, WPNR 2521 e.v. (1918), Verzamelde geschriften III, p. 502, die in het kader van een analyse van het opstalrecht uiteenzet dat de gedachten van Thibaut ook al te vinden zijn bij Ulrich Huber.
- 158 Deze aspecten van het pandektistische eigendomsbegrip worden nader uitgewerkt bij de bespreking van het eigendomsbegrip in het Nederlandse recht in § 3.7.
- 159 Aldus Wiegand (1990), p. 117: "Das Eigentum wird nicht mehr verstanden als eine Summe von Befugnissen, sondern als die *umfassende und somit totale Sachherrschaft*, die als solche *unteilbar* und immer und überall gleich ist. Eigentum in diesem Sinne

ling van het begrip beperkt recht voort. Met deze begrippen houdt ook de zienswijze van Johow verband, dat de beperkte rechten niet kunnen worden gezien als van het eigendomsrecht afgesplitste bevoegdheden, aangezien de volheid van het eigendomsrecht niet ter dispositie van de eigenaar staat.<sup>160</sup> De volheid van het eigendomsrecht leidt bovendien tot abstractie van het eigendomsrecht, die een opsomming van de bevoegdheden van de eigenaar overbodig maakt.<sup>161</sup> De totaliteit en de abstractheid van dit

---

ist formal und abstrakt, und Eigentum bleibt auch dann Eigentum, wenn einzelne Befugnisse jemandem anderen übertragen werden. Dieser wird dadurch nicht zum Eigentümer, sondern zum Inhaber eines *jus in re aliena*, das nur vorübergehender Natur ist. Sobald es aufgehoben wird, kehrt das Eigentum aufgrund seiner Elastizität in den ursprünglichen Zustand zurück." Zie aldus m n Puchta, a w "Der Begriff des Eigentums als der totalen Herrschaft über die Sache schließt ein danebenstehendes gleiches und höheres Recht aus. Ein Recht an der Sache muß ein *jus in re aliena* sein. Das *jus in re* hat a) nicht die Totalität des Eigentums, so umfassend es auch sein möge, b) wenn das *jus in re* das Eigentum noch so sehr mindert, so ist es doch dem Eigentume gegenüber etwas zeitiges, von welchem das Eigentum befreit werden kann." Zie over de herkomst van term '*jus in re aliena*' nader Robert Feenstra, *Jus in re - Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Thorbecke-college no 4 (1978), 1979.

- 160 Johow, p 502 "Als unhaltbar ist wohl jetzt allgemein erkannt die von einigen Schriftstellern, z B P u c h t a, Pand § 145, aufgestellte Ansicht, daß die dinglichen Rechte aus dem Eigentum herausgenommene Befugnisse seien. Das Eigentum ist ein untheilbares Recht, welches zwar eine Reihe von Befugnissen gewährt, aber nicht aus solchen sich zusammensetzt. Der Eigentümer ist mithin gar nicht in der Lage, eine solche Befugnis aus seinem Rechte herauszunehmen und auf einen Anderen zu übertragen. Das dingliche Recht, welches er bestellt, besteht auch nicht in einer Beschränkung des E i g e n t h u m s, es ist einfach ein Recht des Nichteigentümers an der Sache, welches die Herrschaft des E i g e n t h u m e r s über dieselbe beschränkt. Mit dem Erlöschen dieses Rechts erlischt zugleich die Beschränkung. Das Eigentum konsolidiert sich wieder, ohne daß es einer Ruckerwerbung der dem Berechtigten zugestanden Befugnisse seitens des Eigentümers bedürfe." De door Johow verworpen zienswijze van Puchta vindt weerklank in het thans geldende Nederlandse goederenrecht, in het wettelijk systeem ligt aan de vestiging van beperkte rechten het dogmatische model van afsplitsing van bevoegdheden ten grondslag (zie nader § 6 2).

- 161 Zie Wiegand, a w (1976), p 143 e v ("eine zweite, mit der Vorstellung der Totalität des Eigentums eng verknüpfte Tendenz, die man als Abstrahierung des Eigentumsbegriffs bezeichnen kann"), met verwijzing naar Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841), Band II, § 231 2 "Das Eigentum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigentum und zwar ausschliesslich enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Ungeschicklichkeit ist es, den Begriff des Eigentums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, insofern das Eigentum überhaupt oder in einem besonderen Fall Beschränkungen unterliegt." Zie ook de Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III, 1888, p 262.

nieuwe doctrinaire eigendomsbegrip betekenden dat de rechtsfiguur van gesplitste eigendom principieel werd verworpen.<sup>162</sup>

Het nieuwe eigendomsbegrip moet ook in verband worden gebracht met het dogma dat een zakelijk recht niet kan verplichten tot een handelen.<sup>163</sup> Wanneer het eigendomsrecht wordt gezien als louter de totale heerschappij over een zaak, is het niet mogelijk dat uit deze rechtsrelatie voor de eigenaar een verplichting tot een handelen met betrekking tot die zaak voortvloeit. De consequentie is dat de eigenaar als zodanig evenmin tot een handelen verplicht kan worden door vestiging van een beperkt recht. Deze gedachte komt tot uiting in oude dogma dat een erfdiensbaarheid de eigenaar van het dienende erf niet kan verplichten tot een doen. Het pandektistische eigendomsbegrip verleidt tot strikte toepassing van dit uitgangspunt.<sup>164</sup>

### 3.5.1.4 De numerus clausus

In de Motive is uitdrukkelijk vermeld dat het aantal zakelijke rechten noodzakelijkerwijs 'gesloten' is.<sup>165</sup> Dit uitgangspunt is verwoord aan het slot van een lange passage, waarin afstand wordt genomen van het Pruisische recht, in het bijzonder de wettelijke mogelijkheid om elk persoonlijk recht met betrekking tot een bepaalde zaak te verheffen tot een zakelijk recht door de macht over die zaak te verschaffen of door het recht in te schrijven in de openbare registers.<sup>166</sup> Verder kende het Pruisische recht

162 Vgl. Wiegand, a.w. (1976), p. 142: "Man hat seit Beginn des 19. Jahrhunderts bis hin zum BGB an jener Unteilbarkeit und Totalität des Eigentums festgehalten, die es unmöglich machte, eine zwischen Ober- und Untereigentümer geteiltes Eigentum anzunehmen."

163 F. Schöbi, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), het lemma Sachenrecht, Band IV, 1990, kolom 1221: "Ferner leitete man aus diesem Dinglichkeitsbegriff die Unvorstellbarkeit von dinglichen Pflichten ab. Die Aussage *servitus in faciendo consistere nequit* wurde gleichsam zum Dogma erhoben, das die Sachenrechtsdoktrin beherrschte." Dit aspect van de pandektistische eigendomsdogmatiek is door Wiegand onvoldoende belicht.

164 Zie verder § 6.6 over het subtractieprincipe.

165 Wiegand (1987), p. 629 sub 2, wijst erop dat in de 19<sup>e</sup> eeuwse Duitse literatuur vrijwel door niemand is verdedigd dat het aantal typen zakelijke rechten gesloten was. Zelfs de pandektisten beperkten zich tot de conclusie dat slechts een beperkt aantal categorieën zakelijke rechten overgeleverd was. Alleen door Ch.F. Gluck, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 1797, blijkt te zijn aangenomen dat er slechts vier soorten zakelijke rechten konden bestaan.

166 Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Eerste deel, titel 2, § 135, in verband met titel 21, § 4. De inhoud van de bepaling in I 2 § 135 is in de Nederlandse literatuur kort omschreven door ene H.S., Zijn ook andere zakelijke rechten bestaanbaar, dan die welke als zodanig door de wet worden erkend en

een soort twee momenten-leer voor de overdracht, waarin reeds de titel voor levering een 'jus ad rem' tot stand bracht.<sup>167</sup> Beide mogelijkheden zijn in de Motive uitdrukkelijk verworpen:

"Nach dem preußischen Allgemeinen Landrechte kann überdies jedes persönliche Recht, welches sich auf eine bestimmte Sache bezieht, dadurch dinglich werden, daß die Sache dem Berechtigten übergeben bezw. das Recht in das Hypothekenbuch eingetragen wird. Es hängt dies zusammen mit der ehemals weit verbreiteten Lehre vom 'Recht zur Sache', nach welcher bei der Erwerbung der dinglichen Rechte zwei Momente in Betracht kommen: der Titel zur Erwerbung, welcher das Recht 'zur Sache' begründet, und die Erwerbungsart, durch welche dieses Recht in ein Recht 'auf die Sache' (jus in re) übergeht. (...) Der Standpunkt des Allgemeinen Landrechtes ist in der That unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkenning des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Recht und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechtes der Schuldverhältnisse. Der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechtes ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung dessel-

- 167 geregeld?, W.v.N. en R. 1324 (1895), p. 239-240. In deze bijdrage werd ook gemeld dat de bepaling later is geschraapt in een Pruisische wet van 5 mei 1872, § 4, 15.
- Het *jus ad rem*, te onderscheiden van het *jus in re* en het *ius in personam*, heeft eeuwenoude wortels. Volgens J.H. Dondorp, boekbespreking, WPNR 6221 (1996), p. 319-322, is het *jus ad rem* rond 1225 in het kerkelijk recht ontwikkeld en rond 1400 door Bartolus en Baldus gebruikt om de rechtspositie van een koper te omschrijven en te beschermen. Ook de ruime toepassing van de *actio Pauliana* buiten faillissement door de glossatoren zou in dit licht zijn te verstaan. De Nederlandse wetgever van het BW 1838 heeft ervoor gekozen de rechtsfiguur van een *ius ad rem* niet in het Nederlandse recht op te nemen, aldus L.C. Hofmann, Het Nederlandsch zakenrecht, 1933 en 1935, p. 9, met verwijzing in noot 5 naar een opmerking van het Tweede Kamerlid Van Crombrughe ter instemming met de weglating van de onderscheiding van *jus in re* en *jus ad rem*, te vinden in J.J.F. Noordziek, Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-generaal over het ontwerp van burgerlijk wetboek (1875), Zittingjaar 1823-1824, deel I, p. 49. Robert Feenstra, a.w., 1979, p. 15-16, en Anne-Marie Patault, Introduction historique au droit des biens, PUF, Paris, 1989, § 131, verduidelijken de kanoniekrechtelijke origine van het *jus ad rem*: het werd toegekend aan degene die al wel tot bisschop was benoemd maar nog niet was gewijd, ter versterking van zijn aanspraak op de opbrengst van het bisdom. Al snel werd een vergelijkbare aanspraak toegekend aan de vazal die nog niet in het bezit was van zijn leengoed. Zie nader ook Rank-Berenschot, diss., 1992, § 2.9. Naar mijn inschatting lijkt het *jus ad rem* op de equitable ownership in de Engelse rechtstraditie, dat is gebaseerd op de maxim of equity, luidende 'Equity looks on that as done which ought to be done'. Zie over dit aforisme: Meagher/Gummow/Lehane, Equity - Doctrines & Remedies, 3<sup>e</sup> druk 1992, § 339-340 en W. Swadling, Property - General principles, in: P. Birks (ed.), English Private Law, 2000, vol. I, § 4.32, waar blijkt dat het is toegepast in cases die de verkrijging van een aanspraak op land betroffen. Zonder nadere onderbouwing is door bijv. W.H. Hastings Kelke, An epitome of personal property law, London 1901, p. 7, het concept 'rights *ad rem*' uitgelegd als 'i.e., for purpose of acquiring property of some kind'. Het Equity-recht is van origine beïnvloed door het kanonieke recht doordat de equity rechters vaak geestelijken waren; zie W.J. Zwalm, Common Law & Civil Law, 2000, p. 46-47.

ben, er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf *seinen* Gebiete liegen. Es hat die Thatfachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz. Die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulaßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene.<sup>168</sup>

De numerus clausus van beperkte rechten, evenals het uitgangspunt dat zowel de inhoud als de functie van de beperkte rechten dwingendrechtelijk in de wet zijn geregeld, zijn in de Motive voor het BGB dus in verband gebracht met de beoogde zelfstandigheid van het zakenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht.<sup>169</sup> Doordat hierbij ook de gronden voor de verkrijging van rechten zijn vermeld, vloeit uit de Motive tevens het verband met de abstractheid van het stelsel van overdracht voort:

"Die sachenrechtlichen Geschäfte sind demnach in dem Entwurf lediglich nach ihren eigenen Zwecken geordnet. Der Zweck eines solchen Geschäftes kann sein Begründung, Belastung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes. An den Inhalt des einzelnen Geschäftes ist daher nur die Anforderung zu stellen, daß er auf den Zweck des Geschäftes gerichtete Wille der Beteiligten erklärt wird. Die sachenrechtlichen Geschäfte sind notwendig abstrakter Natur."<sup>170</sup>

168 Motive, p. 3. De formulering 'Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechtes der Schuldverhältnisse' is reeds te vinden bij Savigny te vinden, a.w., p. 373-374.

169 Wiegand (1990), p. 117, meent dat de numerus clausus van beperkte rechten reeds logischerwijs uit het nieuwe eigendomsbegrip voortvloeide. "Damit ist ein weiteres zentrales Element des Sachenrechtssystems praktisch vorprogrammiert, der sogenannte *Numerus clausus der dinglichen Rechte*. Die dinglichen Rechte stellen in dem eben dargelegten Konzept des abstrakten Eigentumsbegriffes einen nicht auf Dauer angelegten Ausnahmezustand dar. Hieraus ergibt sich gewissermaßen von selbst das Bedürfnis, deren Zahl zu begrenzen. Als eine wirkliche Notwendigkeit erwies sich der Numerus clausus für die Gesetzesverfasser aber deshalb, weil sie davon ausgingen, daß nur auf dieser Weise die postulierte Selbständigkeit des Sachenrechts gewährleistet werden können."

170 Motive, p. 7. Vgl. hierover Wiegand (1998), p. 111. "Die für die Verfasser des Entwurfes zentrale Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten erfordert deren autonome Gestaltung im Sachenrecht und zugleich eine Inhalts- und Zweckbestimmung, denn das Konzept verbietet jeglichen Rückgriff auf das Kausalgeschäft, und zwar weder zur Inhaltsbestimmung des dinglichen Rechtes, noch bezüglich der Übertragung. Aus all dem ergibt sich mit Selbstverständlichkeit der numerus clausus der dinglichen Rechte und die Abstraktheit der dinglichen Rechtsgeschäfte."



Wiegand tekent bij deze passage aan dat de zelfstandigheid van het zakenrecht geenszins tot de dwingende conclusie leidt dat binnen het zakenrecht geen ruimte zou kunnen zijn voor een mate van vrijheid bij de inrichting van de beperkte rechten.<sup>171</sup> Door daarvoor wettelijke kaders te scheppen, zou de wetgever eventueel de partij-autonomie in het zakenrecht kunnen kanaliseren. De verklaring voor de gedachtegang van de wetgever is dan ook elders te vinden, in de toelichting bij de regels inzake onoverdraagbaarheidsbedingen.

### 3.5.1.5 Onoverdraagbaarheidsbedingen

Partijautonomie in het zakenrecht zou ertoe kunnen leiden dat de overdraagbaarheid van eigendom wordt beperkt. In het recht van Pruisen was het mogelijk om door middel van een partijafpraak de overdraagbaarheid van eigendom te beperken; dergelijke onoverdraagbaarheidsclausules waren tegenwerpelijk aan derden, indien deze de beperking kenden of de clausule was ingeschreven in de openbare registers. Bij de vervaardiging van het BGB stond men dus voor de vraag in hoeverre contractuele beperkingen van de overdraagbaarheid goederenrechtelijk effect zouden kunnen hebben.

De maker van het voorontwerp, Johow, heeft ervoor gekozen geen derdenwerking toe te kennen aan contractuele onoverdraagbaarheidsbedingen; z.i. liet het eigendomsbegrip niet toe dat partijen het eigendomsrecht of de daaruit voortvloeiende bevoegdheden aanvullen of beperken op basis van de contractsvrijheid.<sup>172</sup> Daartoe werd een artikel in het BGB opgenomen, het latere § 137.<sup>173</sup> Waar in de eerdere passages in de Motive

171 Wiegand (1990), p. 118. Vgl. Heck, a w., 1930, § 23 2 op p. 88. er is sprake van begripsverwarring daar ten onrechte is aangenomen dat de zelfstandigheid van het zakenrecht het tegengestelde uitgangspunt ten aanzien van de partijautonomie met zich bracht

172 Vorentwurf, de toelichting van Johow, p. 536-537 ("Die Beschränkung des Eigentums in der Befugnis, über das Eigentum rechtlich zu verfügen, ist daher ebensowenig ein Gegenstand der Vertragsfreiheit wie die Beschränkung des Eigentums selbst"), zie ook p. 501.

173 De regeling die nu in § 137 BGB is te vinden, was in het voorontwerp in het boek over zakenrecht neergelegd, in § 91, dat luidde: 'Die vertragsmäßige Verpflichtung des Eigentümers, die Sache nicht zu veraußern oder zu belasten, ist gegen Dritten wirkungslos'. De regel is in de loop van het wetgevingsproces overgeplaatst naar het algemeen gedeelte van het BGB, omdat het werd geacht ook van belang te zijn voor de overdracht van vorderingen. Zie over de ontstaansgeschiedenis van § 137 nader m.n. R. Liebs, *Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis*, AcP 175 (1975), p. 1-43. Voor het *pactum de non cedendo* geldt echter de bijzondere regel in § 399 BGB, Peter Bulow, *Zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über die absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote*, NJW 1993, p. 901-902, heeft duidelijk gemaakt

steeds vooral het systematisch-dogmatische model van het vermogensrecht en het eigendomsbegrip werden opgevoerd, komt in de toelichting bij het verbod van zakelijk werkende onoverdraagbaarheidsclausules ook de rechtspolitieke achtergrond van het wetsontwerp duidelijk naar voren

Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse eine allgemeine Wahrheit ist, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat. Dingliche Rechte können daher nur nach Maßgabe besonderer Vorschriften begründet werden. Die Konsequenz hiervon aber ist die, daß die aus dem Eigenthume oder einem anderen Rechte an einer Sache fließende Befugniß des Berechtigten, über das Recht zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann, soweit nicht das Gesetz etwas Anderes bestimmt ( ). Sachlich gerechtfertigt ist die Vorschrift schon durch die Erwägung, daß, wenn Berechtigten es freistünde, sich der Verfügunq über das Recht willkürlich zu entschlagen, auf diesem Wege das ganze Vermögen auß Verkehr gesetzt, bezw. den Angriffen der Gläubiger des Berechtigten entzogen werden könnte. Einer solchen Möglichkeit muß das Gesetz im Interesse der Rechtsordnung entgegenstehen, es kann die rechtsgeschäftliche Beschränkung des Verfügungsrechtes allgemein nur mit obligatorischer Wirkung gestatten.<sup>174</sup>

Het economisch-maatschappelijke belang van de vrije verhandelbaarheid van goederen en de vatbaarheid van goederen voor uitwinning door schuldeisers van de rechthebbende, rechtvaardigen de wettelijke ontkrachting van onoverdraagbaarheidsclausules

Hiermee komen volgens Wiegand ook de beleidsmatige doelstellingen en de motieven in beeld die naast de dogmatisch-systematische gronden doorslaggevend zijn geweest voor de keuze van de Duitse wetgever ten gunste van het numerus clausus-dogma, ook al zijn deze gronden in de Motive niet uitdrukkelijk aangevoerd ter rechtvaardiging van *die geschlossene Zahl*. Bevordering van de *Verkehrs- en Zirkulationsfähigkeit der Waren* staat centraal

---

dat uiteindelijk door de Duitse wetgever aan het einde van de 19e eeuw, anders dan aangegeven in de Motive, is beoogd aan een beperking van de overdraagbaarheid van vorderingsrechten wel absolute werking toe te kennen

- 174 Motive, toelichting bij ontwerp-art 796, p. 77. Wiegand (1987), p. 637, parafraseert de overwegingen van de Duitse wetgever zo: Durch vertragliche Verfügungsbeschränkungen könne nicht nur im Wege der Verknüpfung mit zusätzlichen obligatorischen Abreden der Numerus clausus der dinglichen Rechte unterlaufen, sondern es können - noch weitergehend - ganze Teile des Vermögens der Zirkulation entzogen werden. Mit dem Wegfall der Übertragbarkeit wäre aber wegen der Verknüpfung von Zivil- und Vollstreckungsrecht auch der Zugriff Dritter auf die Vermögenssubstanz verwehrt gewesen.

"Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf diese Verkehrsinteressen wird ein Element sichtbar gemacht, das sich auf folgende Kurzformel bringen läßt Das Privatrecht des 19. Jahrhunderts ist in erster Linie Verkehrsrecht ( ) Coing hat zu Recht hervorgehoben, daß die wichtigste Ordnungsaufgabe des neu zu gestaltenden Privatrechts des 19. Jahrhunderts darin lag, ein der freien Marktwirtschaft adäquates freies Verkehrsrecht zu schaffen Vor diesem Hintergrund wird die skizzierte Entwicklung und das daraus entstandene Sachenrechtssystem erst wirklich verständlich Den Erfordernissen des freien wirtschaftlichen Verkehrs konnte der überkommene Eigentumsbegriff nicht genügen Vielmehr war der Gedanke des freien Eigentums eine unabdingbare Voraussetzung für die Umgestaltung des Privatrechtssystems Die Durchsetzung des oben dargestellten abstrakten Verfügungseigentums und die damit verbundene Gewinnung einheitlicher Rechtsbegriffe für alle körperlichen Sachen waren unabdingbare Voraussetzungen für ein auf Zirkulation und Verkehrssicherheit abstellendes Sachenrecht Daraus erklärt sich auch das Bedürfnis, die Zahl drittwirksamer Rechtspositionen möglichst zu beschränken und ihren Inhalt genau zu fixieren Die scharfe Abgrenzung des Obligationenrechts vom Sachenrecht, dessen Autonomie und Autarkie, all dies ist auch Ausdruck des Bedürfnisses nach einem verkehrsgerechten Privatrecht"<sup>175</sup>

Volgens Wiegand is het geen toeval dat de met de *numerus clausus* verweven doorzetting van de abstracte en overdraagbare eigendom uiteindelijk gebaseerd is op dezelfde, door het liberalisme geïnspireerde, rechtspolitieke en economische overwegingen. De vernieuwing van het eigendomsbegrip was juist gericht op de *Mobilisierung des Grundeigentums*: het belang van het handelsverkeer was de drijvende kracht achter afschaffing van de voor het rechtsverkeer zo hinderlijke binding van eigendom van grond door uit het feodale tijdperk stammende beschikkingsbeperkingen<sup>176</sup> en betalingsverplichtingen<sup>177</sup> De regel in § 137 BGB, die in algemene zin de goederenrechtelijke derdenwerking van onoverdraagbaarheids-

---

175 Wiegand (1990), p. 119, met verwijzing naar Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, p. 89-91 en 392-403 (§ 72 en 73), en naar Wiegand, *Sachenrecht im Obligationenrecht*, in *Das Obligationenrecht 1883-1983*, 1984, p. 107-137

176 Wiegand (1987), p. 638

177 F. Wieacker, *Bodenrecht*, 1938, p. 111 "Der Typenzwang ist weniger eine Beschränkung als vielmehr eine formale Ordnung des sachenrechtlichen Rechtsverkehrs. Er ist als solcher eine Reaktion der Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts gegen einen Überreichtum dinglicher Bodenlasten, die in der älteren Bodenverfassung ursprünglich sinnvoll begründet waren, sich aber mit ihrem Zerfall in starre Geldbelastungen umwandelten. Diese Lasten waren verkehrsschädlich, weil sie von Erwerbern des Grundstücks schwer überblickt werden konnten. Andererseits wurden sie auch von der neueren Landwirtschaft als landeskultur- und betriebsschädlich bekämpft."

clausules uitsluit<sup>178</sup>, wordt dan ook uitgelegd als de codificatie van het dogma van de numerus clausus van zakelijke rechten.<sup>179</sup>

### 3.5.1.6 Flankerende maatregelen

In het licht van het streven bij het opstellen van het BGB aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw om het handelsverkeer zoveel mogelijk te 'faciliteren', zijn nog twee andere elementen van het systeem van het BGB relevant, namelijk het abstracte stelsel van overdracht en de derdenbescherming. Gezien de gemeenschappelijke ratio en gezien het systematische verband met de zelfstandigheid van het zakenrecht is het van belang ook deze twee leerstukken voor ogen te houden, ook al staan ze niet in rechtstreeks verband met het numerus clausus-dogma.

Het abstracte stelsel van overdracht in het Duitse recht waarborgt de rechtszekerheid in het handelsverkeer, doordat gebreken in de titel niet doorwerken in de rechtspositie van de verkrijger en zijn rechtsopvolgers.

---

178 § 137 BGB luidt: 'Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.'

179 Wiegand verwijst naar Staudinger-Coing, Band 1, 11<sup>e</sup> druk 1957, § 137 Rz 1 ("das Prinzip des geschlossenen Kreises der dinglichen Rechte") en 1a ("Die Bedeutung des § 137 liegt also vor allem darin, daß das technische Prinzip des numerus clausus der dinglichen Rechte durch ausdrückliches Verbot gesichert und daß es unmöglich gemacht wird, kraft Parteiautonomie Gegenstände extra commercium zu stellen. Es handelt sich dabei um eine positive Bestimmung, nicht um ein Gebot der Rechtslogik."); zie inmiddels Staudinger/Kohler, Band 1, 13<sup>e</sup> druk 1996, § 137 Rz. 7 ("Die Sicherung des numerus clausus der güterzuordnenden Rechte, namentlich Sachenrechte, wird mit Recht als Aufgabe des § 137 S 1 angesehen. (...) Durch § 137 S 1 wird die dauernde Spaltung der Verfügungs- von der Nutzungsbefugnis verhindert und damit die Rückkehr einer feudalrechtlichen Trennung in Verfügungs- und Nutzungseigentum bzw Ober- und Untereigentum ausgeschlossen. Neben dieser durch § 137 S 1 erreichten Sicherung des sachenrechtlichen numerus-clausus-Prinzips dient die Vorschrift dem ebenfalls mit dem Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte verbundenen Ziel, durch Beschränkung auf wenige gesetzlich bestimmte güterzuordnende Rechtsfiguren Orientierungssicherheit für den Rechtsverkehr und damit Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit zu schaffen."); en verder ook Palandt-Heinrichs, 61<sup>e</sup> druk 2002, opm. 1 bij § 137; W. Däubler, Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten?, NJW 1968, 1118 op p. 1119, met verwijzing naar Flume, Allg. Teil, Band II, 1965, § 17, 7, en kritisch hierover op p. 1120 l.k.; Münchener Kommentar BGB, Band 1, vierde druk 2001, Mayer-Maly/Armbrüster, § 137, Rn. 5, met verwijzing naar Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift für Werner Flume, 1978, Band I, p. 371-427 op p. 420. Zie ook uitdrukkelijk BGH 5 december 1996, BGHZ Band 134, nr. 18, p. 182, op p. 186.

Het zakenrechtelijke feit van rechtsverkrijging is hierdoor onafhankelijk geworden van verbintenisrechtelijk wel en wee.

De belangen van verkrijgers van zakelijke rechten worden eveneens gediend door een stelsel van derdenbescherming.<sup>180</sup> Bij de vervaardiging van het BGB is er expliciet voor gekozen om het stelsel uit te breiden, opdat de rechtszekerheid in het rechtsverkeer wordt vergroot:

'Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der größten Bedeutung, dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. Dem gleichen Bedurfnisse wird in dem Immobilienrechte durch den gesetzlichen Schutz des Vertrauens auf die publica fides des Grundbuches entsprochen.'<sup>181</sup>

De bescherming van verkrijgers te goeder trouw dient hetzelfde doel als een abstract stelsel van overdracht, namelijk de vergroting van *die Verkehrsfähigkeit* en *die Zirkulationsfähigkeit von Gütern*.<sup>182</sup> Daarom rijst de vraag waarom de Duitse wetgever beide elementen in de wet heeft neergelegd. Waarschijnlijk is de wetgever zich destijds echter niet bewust geweest van 'die funktionelle Überlagerung beider Rechtsinstitute'.<sup>183</sup>

### 3.5.1.7 Conclusie van Wiegand

Wiegand vat zijn bevindingen samen met de conclusie dat het gesloten aantal van zakelijke rechten in het wettelijk systeem niet slechts een deel-aspect van het Duitse vermogensrecht of een puur zakenrechtelijk dogma is; het is een dragend principe met een functie in het hele systeem van het vermogensrecht in het Duitse BGB van 1900.<sup>184</sup> Het staat in direct verband met de autonomie van het zakenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht, met het abstracte eigendomsbegrip als centraal element van het zakenrecht, en met de scherpe scheiding van zakelijke en persoonlijke rechten, die resulteerde in de uitsluiting van iedere *privatautonome Gestaltungs-*

180 In het Duitse recht ten aanzien van roerende zaken met name §§ 932 - 936 BGB, zie ook § 366 HGB

181 Motive, p. 344

182 Zie Wiegand (1987), p. 643, en elders, o.a. JuS 1973, p. 202, en JuS 1978, p. 145-150. Verder o.a. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, § 73

183 Wiegand (1990), p. 120, met verwijzing naar Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 38

184 De Duitse rechtsontwikkeling blijkt ook rechtstreeks van invloed te zijn geweest op het Zwitserse recht. Veel passages uit de Motive zijn woordelijk terug te vinden in de stukken ter voorbereiding van het ZGB, dat op 1 januari 1912 in werking is getreden. Zie verder Wiegand, o.a. (1990) noot 26. Zie ook in het algemeen over de Zwitserse codificatiegeschiedenis Lokin en Zwölve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1992, hoofdstuk VIII

*freiheit* in het zakenrecht en de beperking van de contractsvrijheid tot het verbintenissenrecht.

"All dies sind Positionen, die einerseits den Numerus clausus bedingen und andererseits ohne ihn nicht konsequent verwirklicht werden können. Neben den systematisch-dogmatischen Erwägungen, die dieses System prägen sind vor allem Verkehrsinteresse und Verkehrsschutz die für die Ausgestaltung maßgeblichen Gesichtspunkte, die ihrerseits auf dem Interesse an der Zirkulationsfähigkeit von Waren (einschließlich Grund und Boden) beruhen."<sup>185</sup>

Deze stellingen van Wiegand zijn wellicht te absoluut.

Hofer maakt duidelijk dat reeds in de 19<sup>e</sup> eeuw verschillende visies bestonden over de rol van *die Privatautonomie* als fundament voor het privaatrecht. Het gewicht dat werd toegekend aan de partijautonomie en de mate van *Vertragsfreiheit* in het zakenrecht was van grote invloed op het gepropageerde eigendomsbegrip en, in het verlengde daarvan, op de waardering van de beperkte rechten. De uiteengezette benadering van het zakenrecht was vooral die van Savigny en van Jhering; voor hen stond de overigens nauwelijks nader geconcretiseerde notie van *die Eigentumsfreiheit* voorop en vormde deze het kader waarbinnen slechts een beperkte rol voor de *Vertragsfreiheit* resteerde.<sup>186</sup> In deze benadering werden de beperkte rechten met wantrouwen bezien, aangezien deze producten van de contractsvrijheid huns inziens een potentieel gevaar voor de vrijheid van eigendom betekenden.<sup>187</sup>

In een latere periode wenste echter met name Gierke een veel grotere rol aan de partijautonomie en de contractsvrijheid in het zakenrecht toe te kennen, zoals nog zal blijken uit citaten in het vervolg van dit hoofdstuk. Zijn oordeel over de betekenis van de beperkte rechten in het rechtsverkeer was dan ook veel positiever.

In de beschrijving van de Duitse herkomst van de *numerus clausus* in dit hoofdstuk staat de benadering van Savigny en van Jhering centraal,

185 Wiegand (1987), p. 639. Vgl. ook Wiegand (1990) p. 120: het is "unerläßlich klarzustellen, daß hinter Begriffen wie Autonomie oder Abstraktheit des Sachenrechts ein in sich geschlossenes System steht und daß dieses auf einer Reihe ineinandergreifender wirkungsgeschichtlicher Elemente beruht." Zie verder uitvoerig Wiegand (1998).

186 Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? - Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Jus Privatum 39, 2001, m.n. p. 250-285 ('Diskussionen um Freiheit bei der Gestaltung beschränkter dinglicher Rechte').

187 Zie Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Band I, 1851, p. 7: "Durch die Obligation wird die natürliche Freiheit der Person, durch die Servitut die natürliche Freiheit des Eigenthums beschränkt. Und auch die Servituten werden nur innerhalb enger Grenzen zugelassen, damit das Eigenthum nicht mehr, als nöthig, durch grundlose Willkur beschränkt werde."

aangezien deze via Johow de meeste invloed heeft gehad op het BGB. Het is echter van belang zich te realiseren dat in de Duitse doctrine in de 19<sup>e</sup> eeuw ook andere opvattingen over de fundamentele rol van de autonomie in het privaatrecht werden verdedigd en dat deze opvattingen zich vertaalden in andere visies over de inrichting van het zakenrecht, in het bijzonder over de ruimte die voor partijen moest bestaan om naar eigen believen beperkte rechten te vestigen.

### 3.5.1.8 Numerus clausus en de derdenwerking van verbintenissen

In het licht van hetgeen bij de bespreking van de Nederlandse literatuur aan de orde is gekomen, verdient nog vermelding dat Wiegand verband legt tussen de *numerus clausus* en de derdenwerking van verbintenissen. Uit het begrip zakelijk recht op basis van het Savigniaanse eigendomsbegrip en uit de scherpe scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht vloeit volgens de Motive voort dat het een justitiabele niet kan vrijstaan om ieder willekeurig recht ten aanzien van een zaak het karakter van een zakelijk recht te verlenen. Hieruit leidt Wiegand vervolgens af dat het de wetgever er in de kern om ging aan obligatoire rechtsverhoudingen derdenwerking te ontfangen.<sup>188</sup> Het Savigniaanse concept van het vermogensrecht en zijn consequenties voor het zakenrecht worden zo betrokken op het verbintenissenrecht.

Aan de basis van deze sprong van Wiegand ligt waarschijnlijk een grote brok Duitse doctrine, die ook in Nederland is aan te treffen.<sup>189</sup> Zodra het pandektistische, abstracte, totale en uniforme eigendomsbegrip wordt

---

188 Wiegand (1987), p. 634. "(...) im Kern aber geht es darum, obligatorischen Rechtsverhältnissen die Drittwirkung zu versagen", en p. 635: "Damit ist der Numerus clausus der dinglichen Rechte als sachenrechtliches Prinzip aus den Grundlagen des Systems deduziert und zugleich das permanente Spannungsverhältnis zwischen Schuld- und Sachenrecht konstituiert worden. Der Gesetzgeber wollte bewußt die Transformation bilateraler Vereinbarungen in drittwirksame Rechtspositionen unmöglich machen." De gelijkstelling van zakelijke rechten en verbintenissen met derdenwerking blijkt ook op p. 643, ten aanzien van de betekenis van de derdenbescherming: "Wenn man den Gutgläubensschutz erweitert, indem man die Anforderungen an die Gutgläubigkeit reduziert, kann man Drittwirkungen obligatorischer Bindungen in größerem Ausmaß zulassen."

189 Wiegand wordt in zijn sprong gevolgd door Smits, p. 54: "Indien men immers Savigny's rechtsopvatting in moderne termen vertaalt, dan gaat het om niets anders dan de problematiek van derdenwerking van verbintenissen. De *numerus clausus* betekent zo bezien niets anders dan dat buiten wettelijke grondslag om is uitgesloten dat twee partijen een derde binden. (...) Wie spreekt van derdenwerking doet het dogmatisch perspectief zo verschuiven van het zakelijk recht als gevende heerschappij over een zaak naar een recht dat al dan niet *personen* bindt." Zie eerder o.a. Eggen, waarover § 9.3.3.3.

vervangen door een benadering waarin zakelijke rechten worden geanalyseerd in termen van rechtsbetrekkingen met andere personen ten aanzien van een zaak, is de stap van verbintenissen naar zakelijke rechten vanzelfsprekend. Men komt dan terecht bij het leerstuk van de derdenwerking van verbintenissen.<sup>190</sup> Bij de bespreking van de Nederlandse literatuur is al naar voren gekomen dat de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem meestal vanuit het perspectief van de derdenwerking van verbintenissen is benaderd.

Toch is deze sprong niet geheel vanzelfsprekend en logisch. De passage uit de Motive waaraan Wiegand zijn gevolgtrekking verbindt, betreft de vrijheid van justitiabelen om desbewust zakelijke rechten in het leven te roepen. Het leerstuk van de derdenwerking van verbintenissen betreft niet per se het zakelijke karakter van het recht van de schuldeiser; ook op andere gronden, zoals de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan een ander dan de debiteur gehouden zijn het recht van de schuldeiser te respecteren. Daarbij behoeft er helemaal geen sprake te zijn van de intentie om het recht een zakelijk karakter te geven. De derdenwerking berust dan eerder op de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen van de schuldeiser op de bereidheid van de specifieke derde om het recht te respecteren, dan op de intentie om dat recht door middel van de verheffing tot zakelijk recht derdenwerking jegens eenieder te verlenen. Met andere woorden: uitzonderingen op de relativiteit van overeenkomsten vormen niet per definitie een inbreuk op de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.

### 3.5.2 *Ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht*

#### 3.5.2.1 De huidige stand van het Duitse zakenrecht; de scheuren in het wettelijke systeem

De beschouwing over de herkomst van de *numerus clausus* van zakelijke rechten is uitgemond in de conclusie dat de *numerus clausus* een wezenlijk element is van het wettelijk systeem van het Duitse zakenrecht zoals dat in het BGB van 1900 is neergelegd, maar deze conclusie gaat gepaard met de constatering dat de *numerus clausus* steeds moet worden gezien in het licht van dat gehele systeem en van de overige kernelementen daarvan. Deze conclusies hebben twee consequenties voor de analyse van de *numerus clausus*: de eerste is, dat wanneer de *numerus clausus* van goe-

---

190 Zie in Duitsland bijvoorbeeld Claus-Wilhelm Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in: Festschrift für Werner Flume, 1978, Band I, p. 371-427.



derenrechtelijke rechten in enig rechtsstelsel wordt bestudeerd, ook aandacht dient te worden besteed aan ten eerste de verhouding van het zakenrecht tot het verbintenissenrecht, ten tweede het eigendomsbegrip en ten derde de overige wettelijke instrumenten ter bevordering van het vrije handelsverkeer, zoals het stelsel van overdracht en de derdenbeschermingsbepalingen.

De tweede consequentie is van andere aard: om iets zinnigs te kunnen zeggen over de functie van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten in een rechtsstelsel, moet niet alleen worden gezien in hoeverre de overige kernelementen van het Savigniaanse systeem van het vermogensrecht in de *wet* zijn neergelegd, maar ook in hoeverre de *rechtsontwikkeling* aan die overige kernelementen iets heeft afgedaan of toegevoegd. Hierom moet ook aan het Duitse recht nadere aandacht worden besteed.

Al voordat het BGB in werking trad, zijn in het Duitse recht ontwikkelingen ingezet die het wettelijke systeem van het Duitse zakenrecht in een ander daglicht plaatsen. Wiegand heeft de ontwikkelingen op een rij gezet.<sup>191</sup> De twee belangrijkste veranderingen zijn deze:

"Die vom Gesetzgeber angestrebte scharfe Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht ist in stets zunehmenden Maße überwunden, die autonomen sachenrechtlichen Regeln sind vielfach durch schuldrechtliche verdrängt oder ergänzt worden."<sup>192</sup>

Wiegand werkt deze stelling uit op basis van een aantal voorbeelden, die hier kort worden weergegeven.

Het eerste voorbeeld is *das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis* in het geldende Duitse recht. Het BGB geeft in § 985 e.v. een uitputtende regeling voor de rechten en de plichten van degene die de macht over een zaak heeft ten opzichte van de eigenaar. In de praktijk is bij de toepassing van deze regeling echter veelvuldig een beroep gedaan op het verbintenissenrecht, m.n. het onrechtmatige daadsrecht en het verrijkingsrecht. Het punt is "daß jetzt eine Situation entstanden ist, in der Schuldrecht und Sachenrecht ineinander verzahnt sind und sich bei der Regelung von Einzelfällen wechselseitig ergänzen."

Het tweede voorbeeld betreft *die Abstraktheit des Sachenrechts*. Deze kent volgens Wiegand twee componenten, ten eerste de algemene, niet uitdrukkelijk in de wet neergelegde gedachte dat de zakelijke rechten verschoond dienen te zijn van "Bindungen und Zweckbestimmungen", en ten

191 Wiegand (1990), p. 121-131, met verwijzing naar met name Manfred Wolf, Bestandigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, Heft 42, p. 2647-2652.

192 Wiegand (1990) p. 130, en (1998) p. 118 en 122.

tweede, "die diese Vorstellung zu einem dogmatischen Prinzip verdichtenden Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte (das sog. Abstraktionsprinzip)". Aan dit abstracte stelsel van overdracht wordt in de Duitse rechtspraktijk echter op allerlei wijzen getornd:

"Aufgrund eines besseren Verständnisses der Entstehungszusammenhänge wird das Abstraktionsprinzip heute nicht mehr als zentrales Element des Verkehrsschutzes betrachtet. Mit dem Wegfall von Drittschutzinteressen wird aber der Weg frei für eine vermehrte Berücksichtigung des Parteiwillens, was in letzter Konsequenz eben doch dazu führt, daß das Abstraktionsprinzip zur Disposition der Parteien steht."<sup>193</sup>

De doorbreking van het abstracte stelsel krijgt op allerlei wijzen gestalte, zowel door uitdrukkelijke partijregelingen als door uitlegvermoedens, alsook door toepassing van de verbintenisrechtelijke toetsen voor de rechtsgeldigheid van overeenkomsten op de zakelijke overeenkomst van overdracht, vooral waar het de vestiging en daarmee het voortbestaan van zekerheidsrechten betreft.<sup>194</sup>

Het derde voorbeeld betreft eveneens de abstractheid van het zakenrecht, in het bijzonder van de zakelijke rechten, namelijk 'der Zweckgebundenen Eigentum'. Het Duitse Reichsgericht heeft reeds in 1899 een bijzonder rechtsregime gecreëerd voor de 'Treuhandeigentum'. In de rechtspraak sindsdien is hierop voortgeborduurd. De kern hiervan is dat de intentie waarmee de eigendom is overgedragen, ertoe leidt dat niet de volledige eigendom is verschaft en dat de schuldeisers van de verkrijger daarop geen verhaal kunnen nemen. In Nederland is het debat in termen van 'relativering van de fiduciaire eigendomsoverdracht' gevoerd. De consequenties voor het wettelijk systeem van het zakenrecht zijn volgens Wiegand aanzienlijk, namelijk dat:

<sup>193</sup> Wiegand (1990), p. 125.

<sup>194</sup> Wiegand (1998), p. 122, wijst op de Duitse jurisprudentie die Übersicherung tracht tegen te gaan door in de voorwaarden voor vestiging van een zekerheidsrecht en voor fiduciaire overdracht een clause van automatische vrijval bij overdekking 'in te lezen'. Het aanknopingspunt voor deze jurisprudentie is de rechtsregel in § 9 AGBG dat een algemene voorwaarde nietig is wanneer de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onevenredig wordt benadeeld. Deze constructie van automatische vrijval veronderstelt dat de overeenkomst die tot vestiging van de zekerheden verplichtte, ook na vestiging van de zekerheden door kan werken in het voortbestaan van het reeds gevestigde recht. Hiermee wordt de abstractie van de goederenrechtelijke vestigingshandeling fundamenteel aangetast. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen is overigens op 1 januari 2002 opgegaan in het vernieuwde BGB; zie thans § 307 BGB, lid 1 eerste zin.

"(...) der Rückgriff auf den Zweck der Übereignung nicht nur die Abstraktheit und Autonomie des Sachenrechts beseitigt, sondern auch eine Aufgabe des überall gleichen einheitlichen abstrakten Eigentumsbegriffes mit sich bringt. Infolge der Interdependenz der zentralen Prämissen des autonomen Sachenrechts bedeutet dies natürlich auch, daß alle anderen Prinzipien tangiert sind. So kann man diesen Vorgang auch als eine Verdinglichung obligatorischer Rechte oder eine Durchbrechung des *Numerus clausus* der Sachenrechte betrachten."<sup>195</sup>

De geschetste tendens laat zich ten vierde in grote mate onderkennen in het Duitse zekerhedenrecht, vooral ten aanzien van roerende zaken. In feite zijn volgens Wiegand in de loop van de 20<sup>e</sup> eeuw buiten de wet drie nieuwe typen zakelijke zekerheidsrechten erkend: de fiduciaire eigendom tot zekerheid, het eigendomsvoorbehoud en het specifiek Duitse fenomeen van 'die Eigentums-anwartschaft'. Niet alleen treft deze in de Duitse literatuur soms nog omstreden ontwikkeling rechtstreeks de wettelijke *numerus clausus* van zakelijke rechten.<sup>196</sup> Ook komt het abstracte eenheidsbegrip van eigendom in het geding; er bestaan nu verschillende typen eigendom naast elkaar, elk met een eigen jurisprudentieel regime aan bevoegdheden en plichten voor de betrokkenen. Bovendien is het voortbestaan van deze drie nieuwe zekerheidsvarianten van eigendom steeds in hoge mate afhankelijk van de onderliggende verbintenisrechtelijke rechtsverhouding.<sup>197</sup> Voor Wiegand betekent dit, dat "die Abschottung des Sachenrechts gegen schuldrechtliche Einflüsse an einem weiteren zentralen Punkt durchbrochen worden ist".<sup>198</sup>

Het vijfde voorbeeld van Wiegand is het recht inzake zaaksvorming op basis van § 950 BGB. Hoewel deze wettelijke regel daarvoor geen aanknopingspunt biedt, wordt in de Duitse rechtspraak en in delen van de literatuur aangenomen dat de betrokken partijen in staat zijn contractueel te bepalen wie eigenaar wordt van de door zaaksvorming ontstane zaken. Bezien vanuit het wettelijk systeem van het zakenrecht is dit volgens Wiegand opmerkelijk:

---

195 Wiegand (1990), p. 127.

196 Vgl., naar aanleiding van de erkenning van de rechtsgeldigheid van deze en andere buitenwettelijke typen zakelijke rechten, reeds Franz Wieacker, *Bodenrecht*, 1938, p. 111: "Mit Unrecht leitet man aus dem Typenzwang meistens einen *numerus clausus* der Sachenrechte in dem Sinn ab, daß die Entstehung anderer als der im BGB. genannten oder im EGBGB. ausdrücklich vorbehaltenen Sachenrechte schlechthin unzulässig oder nur durch Reichsgesetz möglich wäre."

197 Erkend wordt dat voor de wettelijke typen zekerheidsrechten een vergelijkbare afhankelijkheid in de wet is neergelegd in het beginsel van accessoriteit.

198 Wiegand (1990), p. 129.

"Damit wird auf einem methodisch und dogmatisch fragwürdigen Weg im Ergebnis dem Gestaltungswillen der Parteien der Vorrang vor der autonomen sachenrechtlichen Regelung eingeräumt."<sup>199</sup>

Hier komt dan nog eens bij dat het in de Duitse literatuur onderwerp van debat is of de aldus verkregen eigendom een nieuw soort 'zaaksvormings-eigendom' is, gewone eigendom of een verschijning van zekerheidseigendom. Het uniforme abstracte eigendomsbegrip is dan opnieuw een reeds gepasseerd station.<sup>200</sup>

De voorbeelden geven een indruk van de discrepantie tussen het wettelijk systeem van het zakenrecht in het BGB van 1900, en het zakenrecht zoals dat in de rechtspraktijk sindsdien tot ontwikkeling is gekomen. De balans is volgens Wiegand deze:

"All diese Veränderungen haben Anpassungsreaktionen ausgelöst. So haben sich innerhalb des Sachenrechtssystems Verschiebungen ergeben, wie die bekannte Verdrängung des Pfandrechts durch das Sicherungseigentum oder die Gewichtsverlagerungen innerhalb der Übereignungstatbestände, unter denen heute die §§ 930 und 933 eine vom Gesetzgeber nicht erahnte Bedeutung erlangt haben. Darüber hinaus haben dogmatische Prinzipien an Bedeutung eingebüßt, wie etwa das Spezialitätsprinzip, oder fast jegliche Bedeutung verloren, wie das Publizitätsprinzip im Bereich des Mobiliarsachenrechts. (...) Die skizzierte Entwicklung hat dazu geführt, daß in weiten Bereichen das legislatorische Konzept und die vorgegebenen Strukturen verlassen worden sind. Hieraus ergibt sich eine verständliche Unsicherheit über die Kriterien, die für die Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung maßgeblich sein sollen."<sup>201</sup>

### 3.5.2.2 Nadere analyse van de tendensen in het Duitse vermogensrecht

Wiegand laat het niet bij de geciteerde constatering dat er grote conceptuele verschillen zijn ontstaan tussen het geldende zakenrecht en zijn wettelijke systeem; hij biedt ook enig nader inzicht in de oorzaken en de consequenties van de rechtssystematische ontwikkelingen binnen het Duitse vermogensrecht, destijds tijdens de vervaardiging van het BGB in de 19<sup>e</sup> eeuw evenals sindsdien en heden.<sup>202</sup> De inzichten van Wiegand zijn van belang, niet alleen om een goed beeld te krijgen van de herkomst van de

199 Wiegand (1990), p. 129.

200 Naast de verwatering van het onderscheid tussen zakenrecht en verbintenissenrecht doet zich ook het fenomeen voor dat centrale concepten van het zakenrecht in de rechtspraktijk onder druk zijn komen te staan. Dit geldt in het bijzonder voor de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht, ten gevolge van de erkenning van de rechtsgeldigheid van het Anwartschaftsrecht. Zie hierover § 7.6.2.

201 Wiegand (1990), p. 131.

202 Zie ook de beschrijving bij Rank-Berenschot, diss., 1992, hoofdstuk XI.

*numerus clausus* in het Duitse recht, maar ook omdat ze inspiratie bieden voor de analyse van het Nederlandse vermogensrechtelijke systeem. De Duitse doctrine in de 19<sup>e</sup> eeuw en het BGB van 1900 zijn immers van grote invloed geweest op de exegese van het Nederlandse vermogensrecht door Nederlandse juristen tussen ongeveer 1860 en 1950, en dientengevolge op de vormgeving van het BW van 1992, zoals in paragraaf 5 van dit hoofdstuk zal worden geconstateerd.

Sinds het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw is in Duitsland een grote verandering opgetreden in de rol van het verbintenissenrecht, in het bijzonder het overeenkomstenrecht.<sup>203</sup> Het Duitse vermogensrecht tot aan de eerste helft van de 19<sup>e</sup> eeuw werd beheerst door een veelvoud aan zakelijke rechten; het overeenkomstenrecht kwam niet veel verder dan het vanuit het Romeinse recht overgeleverde patroon van enige voorgestelde en benoemde overeenkomsten. Een spoor hiervan is nog te onderkennen in de Franse Code civil; de wettelijke regeling van de benoemde overeenkomsten staat niet op zich, maar vormt een aspect van de wijzen van verkrijging van goederen. Reeds door Savigny zelf is gewezen op het grote belang van het overeenkomstenrecht en het verbintenissenrecht in het algemeen. Hij nam dan ook afstand van de systematiek van de Code civil.<sup>204</sup> De door Savigny bepleite en door Johow en de wetgever integraal en uitdrukkelijk overgenomen verzelfstandiging van het zakenrecht tot een autonoom rechtsgebied, is zo bezien niet als een versteviging van dit rechtsgebied te verstaan, maar vooral als de emancipatie van het overeenkomstenrecht. Dit streven uitte zich in het BGB mede in de grote rol die in het overeenkomstenrecht aan de contractsvrijheid werd toegekend, terwijl de partijautonomie in het zakenrecht vrijwel geheel werd uitgebannen.<sup>205</sup> Zo werd

203 Wiegand (1990), p. 131, (1998), p. 114-116.

204 Wiegand verwijst naar Savigny, *Das Obligationenrecht*, 1851, Band I § 4, en geeft verder daaruit ook het volgende, nog steeds valide citaat. "In dem gesamten Rechtsverkehr der heutigen Zeit ist dem Einfluß des Obligationenrechts eine augenscheinlich fortschreitende Wichtigkeit, vor anderen Theilen des Rechts, zuzuschreiben, indem darin die Bedürfnisse und Richtungen der Gegenwart vorzugsweise ihre Befriedigung finden."

205 Deze tendens is reeds in 1889 verwoord door Otto Gierke, in een zeer kritische beschouwing, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, Leipzig 1889, p. 281 "Wie im Obligationenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit bis an die äußersten Grenzen verwirklicht wird, so wird im Sachenrecht umgekehrt das Prinzip der absoluten Norm bis zur Vernichtung aller Gestaltungsfreiheit der Beteiligten durchgeführt." Zie hierover nader Wiegand (1998), p. 114-115. Nog krachtiger is het bekende citaat uit ander werk van Otto Gierke uit 1889. "Das undeutsche Dogma des Entwurfes, daß in der Welt des Sachenrechts für schöpferische Thaten der beteiligten Volkskreise kein Raum ist, muß fallen! Es unterbindet die Lebensadern der künftigen Rechtsentwicklung und bedroht uns mit Verknocherung und Erstarrung", in *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe im Ent-*

eigenlijk getracht ruim baan te geven aan de ontwikkeling van het overeenkomstenrecht en tegelijkertijd de dominantie van het zakenrecht in te perken.

De werkelijkheid was echter sterker dan de leer, reeds in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw, toen het BGB nog niet in werking was getreden. Twee tendenzen zetten zich door. Enerzijds ontpopte het overeenkomstenrecht zich aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw in een zeer rap tempo:

"Mit zunehmender Industrialisierung und Technisierung ist die Bedeutung des Schuldrechts proportional und vielleicht sogar überproportional gewachsen, so daß seine Dominanz ständig zunahm und die schuldrechtlichen Wertungen mehr und mehr das Privatrechtssystem prägten."<sup>206</sup>

Anderzijds ontworstelde het zakenrecht zich in de loop van de 20<sup>e</sup> eeuw aan de greep van het dwingende rechtsregime van het BGB. In bijzondere wetten, soms op het niveau van de Duitse deelstaten, zijn aanvullende regelingen voor bijzondere nieuwe typen zakelijke rechten getroffen.<sup>207</sup> In de rechtspraktijk en de rechtspraak werd de rechtsgeldigheid erkend van rechtsfiguren zoals het eigendomsvoorbehoud en de vormen van fiduciaire eigendom. Deze constructies vertonen in de woorden van Wiegand 'eine Parallelität von Strukturen' met de rechtsfiguren uit de voor 1900 geldende inheemse Duitse rechtsstelsels en het overige, soms als 'feodaal' samengevatte recht van de middeleeuwen. Anders dan de vlucht van het overeenkomstenrecht, ging deze tweede tendens in het zakenrecht tegen het systeem van het wet in; er was dus sprake van 'ein Zurückschwingen des Pendels'.

---

*wurde eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, p. 70, opgenomen in. Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bekker und Fischer (Hrg), Berlin 1889, Heft 18.*

206 Wiegand (1990), p. 133; vgl. ook p. 132: "Die Idee eines gleichrangigen, aber neben dem Obligationenrecht selbständigen Sachenrechts, wie sie Savigny konzipiert hatte, konnte historisch betrachtet nur einen Zwischenlösung darstellen." Vgl. Wiegand (1998), p. 116: "Bei Erlaß des BGB hatten sich die Verhältnisse noch wesentlich mehr zugunsten des Obligationenrechts verschoben, das zum eigentlichen Zentrum des Privatrechts der Industriegesellschaft geworden war."

207 Vgl. reeds Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 22.7, p. 86-87: "Das BGB hat aus dem römischen Recht das System des numerus clausus, den Typenzwang übernommen, allerdings unter teilweiser Vermehrung der Rechtstypen und mit zahlreichen Vorbehalten für die Landesrechte. Die Erfahrung der Zwischenzeit hat aber gezeigt, daß die radikale Einschränkung der dinglichen Rechtsformen auch Nachteile hat und namentlich die innere Kolonisation, die Neugründung von Bauernstellen erschwert. Schon vor der Verfassungsänderung haben Landesgesetze Rechtsformen neu zu beleben gesucht."

Hier blijft het niet bij: Wiegand wijst bovendien op een fundamentele heroriëntering die zich binnen het zakenrecht zelf voltrekt. Het Duitse zakenrecht is door de Duitse wetgever rond 1880 ontworpen als 'der formalste und abstrakteste Teil des Verkehrsrechts'.

"Aber gerade diese Konzeption eines auf die formale Gleichheit der Rechtssubjekte abstellenden und von außerrechtlichen Zwecken weitgehend gelosten Privatrechts hat sich schon bald nach Inkrafttreten des BGBs als problematisch erwiesen. Seither findet ein permanenter, wenngleich in unterschiedlichen Intervallen und mit wechselnder Intensität verlaufender Prozeß statt, den man zusammenfassend als *Materialisierung des Privatrechts* bezeichnen kann. Die Überwindung der Abstraktheit des Sachenrechts, die stärkere Ausdifferenzierung durch vermehrte Anerkennung von Dispositionsbefugnissen läßt sich sicher auch als die Ablosung formaler Strukturen durch materiale deuten. Eine solche Deutung greift jedoch zu kurz, wenn sie nur den Gewinn an Gestaltungsfreiheit ins Auge faßt, sie muß zugleich berücksichtigen, daß Materialisierung auch und gerade durch Reduktion privatautonomer Gestaltung erfolgt. Faßt man beide Aspekte zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Die 'Verschuldrechtlichung' und die 'Materialisierung' des Sachenrechts führen zu größerer *Differenziertheit und Flexibilität*, sie sind jedoch notwendigerweise verbunden mit der *Ausweitung schuldrechtstypischer Kontrollmechanismen*. All das mindert zwangsläufig die Tauglichkeit des Sachenrechts als 'Verkehrsrecht' in dem vom Gesetzgeber angestrebten Sinne."<sup>208</sup>

Er is dus volgens Wiegand in het Duitse vermogensrecht thans sprake van een toenemende vervlechting van het verbintenissenrecht en het zakenrecht en van een heroriëntering van beide rechtsgebieden. In het zakenrecht uit deze tendens zich in de afbrokkeling van dit rechtsgebied als abstract en autonoom systeem, in differentiatie van goederenrechtelijke normen, en in differentiatie van typen zakelijke rechten op basis van het oogmerk van de betrokkenen. Bovendien zijn zowel het verbintenissenrecht als het zakenrecht in toenemende mate bloot komen te staan aan inhoudelijke toetsing van geval tot geval op basis van een hogere privaatrechtelijke grondnorm. De gedachten van de Nederlandse jurist gaat daarbij direct uit naar de redelijkheid en billijkheid. In het overeenkomstenrecht leidt deze ontwikkeling tegelijkertijd tot een inperking van de algemene contractsvrijheid zoals die aan de vormgeving van het BGB ten grondslag heeft gelegen.<sup>209</sup>

208 Wiegand (1990), p. 133-134, met nadere verwijzingen. Ten aanzien van de 'schuldrechtstypische Kontrollmechanismen' wijst Wiegand, noot 94 in verband met p. 125-126, op de reeds genoemde tendens in het Duitse recht om zakenrechtelijke overeenkomsten.

209 De reeds in § 3.5.1.7 genoemde studie van Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Jus Privatum 39, 2001, gerecenseerd door C. J. H. Jansen in TvR 2002, p. 386-389, geeft aanleiding te denken dat Wiegand in zijn beschouwingen, in het kielzog van vrijwel de gehele moderne

Deze wat abstracte analyse van het nu geldende Duitse vermogensrecht is door Wiegand vrijwel niet onderbouwd. De analyse ontstijgt de rechtshistorische beschouwing van de herkomst van de *numerus clausus*. Toch is Wiegands sprong naar het heden interessant: zijn synthese zou een adequate en fraaie analyse van het nu geldende vermogensrecht in Nederland kunnen zijn.<sup>210</sup>

### 3.5.3 *De maatschappelijke context in rechtshistorisch perspectief*

#### 3.5.3.1 Het eigendomsbegrip en het leenrecht

Het is duidelijk geworden dat het fundament voor de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten in Duitsland is gelegen in de 19<sup>e</sup> eeuwse dogmatiek; de *numerus clausus* is een kernelement van de door Savigny ontworpen systematiek voor het Duitse vermogensrecht, die de basis is geweest voor het BGB van 1900. De beschouwingen van Wiegand betreffen vooral de rechtshistorische herkomst van de systematiek; de maatschappelijk context is slechts zijdelings aan de orde gekomen.<sup>211</sup> Enerzijds past het juristen om terughoudend te zijn met de beschrijving van de stand van de maatschappij destijds, aangezien de geschiedwetenschap en de historische sociologie andere vakgebieden zijn. Anderzijds behouden ook de systematische uitgangspunten van de wet, waaronder de *numerus clausus*, hun zeggingskracht slechts als een verband wordt gelegd met de maatschappelijke context. Aan dit verband ontleen de critici van de *numerus clausus* dan ook enige argumenten tegen handhaving ervan.

In de tijd dat Thibaut en Savigny het nieuwe eigendomsbegrip ontwikkelden, werden de rechtssstelsels in sommige Duitse gebieden nog beheerst door leenrechtelijke verhoudingen, die zij ten gevolge van de receptie van het Romeinse recht in zakenrechtelijke termen analyseerden. Het feodale recht kenmerkte zich ten eerste door een grote schakering van typen rechten ten aanzien van grond, ten tweede door de verwevenheid van subjectieve rechten met de persoonlijke verhoudingen tot leenheren, met grote beperkingen van de overdraagbaarheid van de rechten tot ge-

---

doctrine binnen en buiten Duitsland, de partijautonomie in het overeenkomstenrecht ten tijde van de invoering van het BGB te zeer verabsoluteert. Hofer toont aan reeds in de 19<sup>e</sup> eeuw door de meeste auteurs werd verdedigd dat de contractsvrijheid begrensd moest zijn en dat naast, of zelfs in plaats van, de contractsvrijheid andere beginselen en uitgangspunten de grondslag voor het vermogensrecht vormden. De titel van de inleiding van de studie van Hofer luidt dan ook 'Der Mythos von der grundsatzlich unbeschränkten Privatautonomie'.

210 Zie nader § 9.3.

211 Vgl. de kritiek van Hofer, p. 252, noot 12.



volg, en ten derde door met deze rechten verband houdende verplichtingen van vele soorten ten gunste van de leenheren, die tot een mate van onvrijheid van de rechtssubjecten persoonlijk leidden.<sup>212</sup> Bovendien stamde het feodale recht uit de eeuwen waarin de maatschappij vrijwel geheel op agrarische grondslag was gebaseerd. Al met al waren de juridische verhoudingen die uit deze maatschappelijke organisatie voortvloeiden, statisch.

Aan het einde van de 18<sup>e</sup> eeuw vond in geheel Europa een maatschappelijke omwenteling plaats, die zich op verschillende vlakken voltrok. De fundamentele vrijheden van het individu traden vooral in de Franse revolutie naar voren; de afschaffing van de horigheid bracht mee dat persoonlijke dienstbaarheden vanwege de daaruit voortvloeiende ingrijpende verplichtingen grotendeels werden afgeschaft. Op het vlak van de organisatie van de maatschappij had zich reeds eeuwenlang een proces van verstedelijking voltrokken, zodat een nieuw type economie was ontstaan, gebaseerd op handel en later op industrialisering. Het leenrecht voldeed niet aan de behoeften van deze nieuwe tak van de economie en moest daarom worden ingeruild voor een nieuwe rechtsorde, die recht deed aan de kapitalistische inslag van de nieuwe maatschappelijke ordening. Daarover schrijft Coing:

"Sollten die gesellschaftspolitischen Ideen, welche Aufklärung, klassische Nationalökonomie und Liberalismus, aber auch eine eher konservativ geprägte wissenschaftliche Richtung wie die historische Schule, für die Gestaltung des Privatrechts vertreten haben, verwirklicht werden, so war es notwendig, zunächst eine ganze Reihe überkommener Institute zu beseitigen – so Leibeigenschaft und Gutsuntertanigkeit, unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Stände, lehn- und leihrechtliche Besitzformen, die zu persönlichen Diensten verpflichteten, wirtschaftliche Bindungen wie die Zunftverfassung, Preisregelungen und durch Privilegien begründete Monopolrechte."<sup>213</sup>

- 
- 212 Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, § 64 I, p. 367. "Das Sachenrecht des gemeinen Rechts, insbesondere das Liegenschaftsrecht, hatte sich in engem Zusammenhang mit der Sozialverfassung des *Ancien Régime* entwickelt. Es war in vieler Hinsicht Ausdruck, besser die Grundlage einer standisch gegliederten Gesellschaft und ihrer sozialen Abhängigkeiten. Das ältere gemeine Recht hatte eine Reihe von Instituten aufgenommen, die mit dieser Sozialverfassung zusammenhingen – das Lehnrecht etwa, das Fideikommiß, die Institute, welche mit Grund- und Gutsherrschaft verknüpft waren."
- 213 Coing, a.w., § 12 I 1, p. 89. Zie ook § 12 II. "Das Problem, ein freies Verkehrsrecht herzustellen, umschloß vor allem die folgende Einzelprobleme: 1. Es mußte der Gedanke des freien Eigentums verwirklicht werden. Das bedeutete nicht nur die freie Disposition über Sacheigentum in technischen Sinne, sondern in einem umfassenderen Sinn über wirtschaftliche Werte, der Gedanke mußte also z.B. auch dazu führen, Verfügungen über Geldforderungen zu ermöglichen und zu erleichtern. Es bedeutete ferner nicht nur, die leichte Übertragung solcher Rechte, sondern auch

De afschaffing van de leenrechtelijke verhoudingen vond in de Duitse gebieden plaats tussen de jaren 1800 en 1850, in de zogenaamde 'große Agrarreform', door middel van bijzondere wetgeving. Het is aannemelijk dat deze rechtsontwikkeling gepaard ging met pogingen in de Duitse wetenschap om een nieuw rechtssysteem op basis van een nieuw begrippenapparaat te creëren, dat deze maatschappelijke omwenteling enerzijds recht zou doen en anderzijds zou bespoedigen.<sup>214</sup>

Er is reeds gewezen op de invloedrijke studie van Thibaut uit 1801, waarin het leenrechtelijke onderscheid tussen *dominium directum* en *dominium utile* aan de kaak werd gesteld en ten strijde werd getrokken tegen alle vormen van gesplitste eigendom. Het door Savigny rond 1840 ontwikkelde systeem voor het vermogensrecht kan worden gezien als de vervolmaking van het nieuwe begrippenapparaat dat een einde moest maken aan leenrechtelijke verhoudingen. Dit systeem, dat op het dogmatische, juridisch-conceptuele niveau in deze paragraaf op basis van de analyses van Wiegand uitvoerig is beschreven, moest voorzien in de dubbele maatschappelijke behoefte van die tijd, namelijk enerzijds afschaffing van de aan horigheid gelieerde verplichtingen voor rechtssubjecten en anderzijds de facilitering van het handelsverkeer in de verstedelijkte maatschappij die geschoeid moest worden op kapitalistische leest.<sup>215</sup> Het eigendomsbegrip van de Historische School en later de Pandektistiek was het instrument om te voorzien in beide behoeften. Aangezien het nieuwe eigendomsbegrip niet te rijmen was met zakelijke verplichtingen in

---

ihre Verwendung als Kreditunterlage möglich zu machen. Unter diesem Gesichtspunkt war z B das gesamte Liegenschaftsrecht neu zu durchdenken " Hofer, p 269, wijst erop dat tussen 1850 en 1870 *die Kreditnot* en *die Hypothekennot* in Duitsland hoog op de economische agenda stond. Enerzijds leidde de industrialisering ertoe dat grondeigenaren voor het opzetten van moderne bedrijven behoefte hadden aan meer bedrijfskrediet dan voorheen, terwijl anderzijds de kapitaalverschaffers de neiging vertoonden hun geld liever in staatsobligaties en ander waardepapier te steken

214 Zie nader de summierende uiteenzetting van de maatschappelijke omstandigheden die tot hervorming hebben geleid bij Heck, § 22 6, en uitvoerig Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?*, a w , p 260. "Bei Savigny, Gerber und Gierke bestand also eine große Aufmerksamkeit für agrarpolitische Fragen. In diesem Zusammenhang läßt sich beobachten, daß die Einstellungen dieser Juristen zur Eigentumsfreiheit die jeweiligen Tendenzen der Agrargesetzgebung widerspiegeln. So erfolgen Savignys und auch Jherings Stellungnahmen zu einer Zeit, in welcher die Rechtspolitik durch die Forderung nach persönlicher Freiheit und den Gedanken einer Freiheit des Bodens von dauernden Lasten bestimmt war "

215 Hofer, p 260 "Bis 1850 wurde die Bauernbefreiung durchgeführt. Eckpunkte waren die Aufhebung der Leibeigenschaft/Erbsuntertanigkeit, die Herstellung der Verkehrsfähigkeit für alle Grundstücke, die Ablösung von Zwangsdiensten, Erbpacht und anderen dauernden Lasten sowie die Zuweisung von Volleigentum an die Bauern (unter Aufhebung der Trennung von Ober- und Untereigentum) "

*faciendo*, kon het worden gebruikt als instrument ter ondersteuning van de afschaffing van de horigheid. Aangezien uit het nieuwe eigendomsbegrip verder de eindigheid van de beperkte rechten en hun conceptuele ondergeschiktheid aan het eigendomsrecht voortvloeiden, stond het vermogensrechtelijke systeem ten dienste van de economische omwenteling van de maatschappij.<sup>216</sup> Het statische karakter van de leenrechtelijke verhoudingen werd zo ingeruild voor een rechtsregime dat de gewenste dynamiek in de maatschappelijke en economische verhoudingen ondersteunde.

De afschaffing van de methorigheid verband houdende leenrechtelijke verplichtingen komt prominent naar voren in de Franse Code civil uit 1804.<sup>217</sup> Toch heeft ook de verhandelbaarheid van goederen een grote rol gespeeld in de Franse rechtswetenschap. Juist in Frankrijk heeft de economische school van de fysiocraten, die als eersten de economische processen als zodanig bestudeerden, in de 18<sup>e</sup> eeuw grote invloed gehad op de maatschappijwetenschappen, inclusief de rechtswetenschap.<sup>218</sup>

Toen in Duitsland omstreeks 1880 het BGB werd vervaardigd, lag het leenrecht reeds in een verder verwijderd verleden. Aangezien de beoogde maatschappelijke omwentelingen zich gedeeltelijk reeds in de tweede

---

216 Vgl F Schöbi, het lemma Sachenrecht, in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Band IV, 1990, kolom 1221 "Der Kanon der zur Verfügung gestellten dinglichen Rechte steht im Zusammenhang mit konkreten sozialen Bedürfnissen. Die dinglichen Rechte, die sich in der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik durchgesetzt haben (Eigentum, Pfandrechte und Dienstbarkeiten), brachten denn auch deutlich die Ambitionen einer mehr und mehr kapitalistisch organisierten Gesellschaft zum Ausdruck. In ihr erwies sich eine Erweiterung der Zahl der dinglichen Rechte, insbesondere in Richtung positiver Leistungspflichten, als gefährlich, denn dies hatte eine statische Sachbeziehung zur Folge gehabt."

217 Vgl J Ph Suyling, Inleiding, 1e Stuk 1e Gedeelte, 1918, § 9, p. 23, zie ook de citaten uit de Franse parlementaire geschiedenis bij J. van Kan, Het vruchtgenot van art. 584 B.W., WPNR 2484 (1917).

218 Zie over de fysiocraten G C J J. van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 3, 52 en nr. 29, zie ook een voetnoot in § 3.7.2.6. Ook in Frankrijk vonden halverwege de 19<sup>e</sup> eeuw maatschappelijke hervormingen met betrekking tot grondbezit plaats, die mede gestalte kregen in het ontstaan van een registerstelsel (*publicité foncière*). Zie Philippe Simler en Philippe Delebecque, Les sûretés - La publicité foncière, Dalloz, 2<sup>e</sup> druk 1995, no. 712 "Le facteur déterminant de la réforme de 1855 paraît avoir été la création en 1852 du Crédit foncier, dans le but de favoriser la construction et la mise en valeur des terres. La sécurité des opérations de crédit hypothécaire effectuées par cet organisme exigeait que soient publiées non seulement les hypothèques, mais aussi les aliénations d'immeubles et les constructions d'autres droits réels immobiliers. L'adjonction des droits personnels que constituent les baux et les quittances et cessions de loyers s'explique parfaitement dans ce contexte: la durée de ces conventions a une incidence significative sur la valeur venale des immeubles concernés."

helft van de 19<sup>e</sup> eeuw hadden voltrokken en bovendien destijds reeds aanleiding gaven tot maatschappelijk en juridisch debat en tot bijzondere wetgeving, was de wettelijke verankering van de *numerus clausus* alsnog in het BGB van 1900 minder vanzelfsprekend dan kan worden opgemaakt uit de Motive die eerder in dit hoofdstuk zijn geciteerd.<sup>219</sup> Het opstellen van het BGB diende ook een heel ander politiek doel, namelijk de centralisering van de rechtsorde ter versterking van de nog jonge Duitse eenheidsstaat.<sup>220</sup> Naast de vorming van de Duitse eenheidsstaat in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw, verwezenlijkt door Bismarck in 1871, is nog een historisch feit van belang: de verloren oorlog met Frankrijk in 1870. De aan Frankrijk verschuldigde herstelbetalingen versnelden de industriële revolutie in Duitsland. Het verrast daarom niet dat het BGB uit 1900 zich gezien zijn bepalingen en de toelichtingen daarop meer dan de Code civil in de sleutel van de kapitalisering en de verhandelbaarheid van goederen laat plaatsen.

### 3.5.3.2 De *numerus clausus*

Zoals in deze paragraaf duidelijk is geworden, is het nieuwe eigendomsbegrip op het dogmatische vlak onlosmakelijk verbonden met de *numerus clausus*. Het dogma van de *numerus clausus* kan dus eveneens op basis van de geschetste maatschappelijke achtergronden van het eigendomsbegrip worden beschouwd en bekritiseerd.<sup>221</sup>

Voor zover de *numerus clausus* in verband is te brengen met de afschaffing van de horigheid, kan de noodzaak van de *numerus clausus* ter discussie worden gesteld. De huidige maatschappelijke verhoudingen zijn onvergelijkbaar met die van de middeleeuwse feodale tijd. De maatschappij gaat uit van een geheel ander mensbeeld, dat in het recht mede in de mensenrechten tot uiting komt. Voor zover de *numerus clausus* een instrument was om de vrijheid van rechtssubjecten te bevechten en te waarborgen, is de noodzaak verminderd of althans veranderd.<sup>222</sup>

219 Zie ook § 9.4.1.1. Het vrijheidsbegrip waarop hier wordt gedoeld, is van andere orde dan het vrijheidsbegrip dat door Heck, p. 87, § 23.2, in 1930 naar voren is gebracht ter verklaring van de *numerus clausus*, de door hem genoemde *Freiheitschutz* is gelegen op het meer juridische niveau van de bescherming tegen de derdenwerking van absolute rechten.

220 Vgl. voor Nederland Lokin en Zwolve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 1992, p. 296-300. Zie ook P.A.J. van den Berg, Codificatie en staatsvorming - De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811, diss. Groningen, 1996.

221 Vgl. Hofer, p. 250 e.v., hierna nog nader belicht.

222 Zie nog § 9.4.1.1.

Hierbij komt dat leenrechtelijke verhoudingen, waarvan de uitbanning door de *numerus clausus* is bestendigd, ook hun voordelen hadden. Sommige van de zakelijke rechten die in de Middeleeuwen binnen het leenrecht tot ontwikkeling waren gekomen, voorzagen in maatschappelijke behoeften die niet aan actualiteit hadden ingeboet, ook buiten het kader van de feodale maatschappij en het leenrecht. De afschaffing van deze rechten tijdens de grote *Agrarreform* in de periode tot 1850 had tot gevolg dat de resterende typen tekort schoten in de beantwoording aan sommige maatschappelijke behoeften. In het bijzonder de afschaffing van het recht van erfpacht, waarin men "fälschlicherweise ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis gesehen habe", betekende dat het voor boeren in veel gevallen moeilijk was een zakelijk gebruiksrecht ten aanzien van grond te verwerven, aangezien de verwerving van met hypotheek te bezwaren eigendom op allerlei bezwaren stootte. Doordat de afschaffing van rechten van feodale origine te ver was doorgeschoten, werd de zogenaamde 'innere Kolonisation' in de Duitse gebieden geremd. Bijvoorbeeld in Pruisen is daarom reeds in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw uitvoerig gedebatteerd over wettelijke regelingen die in maatschappelijke behoeften konden voorzien.<sup>223</sup> De *numerus clausus* van beperkte rechten, zoals later in het BGB neergelegd, was dus inhoudelijk te beperkt en dwong reeds in

---

223 Zie Hofer, p. 262-268. Zij beschrijft in dit kader een omslag in het doctrinaire denken in de 19<sup>e</sup> eeuw rond 1850. Tot die tijd lag het accent op de vrijheid van eigendom. Vanaf 1850 kwam de contractsvrijheid centraler te staan; zie op p. 267: "Die preußische rechtspolitike Debatte um Rentengüter ergibt damit folgendes Bild von Vorstellungen über die Privatrechtskonzeption: Um die Jahrhundertmitte war die Ansicht herrschend, daß die Lastenfreiheit des Bodens das Prinzip darzustellen und die Dispositionsfreiheit des Eigentumers zu begrenzen habe. Diese Position fand Ausdruck im preußischen Gesetz von 1850. Danach läßt sich ein Meinungsumschwung feststellen. Vor allem seit den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts wird verstärkt der Gedanke der Vertragsfreiheit betont. Dessen Konsequenz, daß das Eigentum mit dauernden Lasten beschwert werden kann, wird dabei gesehen und anerkannt." Zie ook de samenvatting op p. 274, waarin met name de ontvolking van het platteland en de kredietbehoefte worden aangewezen als de concrete maatschappelijke achtergrond voor het pleidooi ter verruiming van de contractsvrijheid in het zakenrecht: "Die Frage, ob Freiheit bei der Begründung beschränkter dinglicher Recht bestehe, wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts lebhaft erörtert. Vor allem die Zulässigkeit von dauernden Grundstuckbelastungen war umstritten. Hier galt es, eine Entscheidung zwischen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und demjenigen der Eigentumsfreiheit - im Sinn von Lastenfreiheit des Grundstücks - zu treffen. Diese Fragen waren in einer Zeit, die durch Landflucht und Kreditnot des Grundbesitzes gekennzeichnet war, von aktuellem politischen und ökonomischen Interesse." Op p. 251, noot 1, wijst Hofer er nog op dat "die Frage nach die Vertragsfreiheit im Bereich des Sachenrechts sich auch stellt under dem Gesichtspunkt der Veräußerung und Teilung von Grundstücken." Dit vraagstuk werd in de 19<sup>e</sup> eeuw echter alleen door economen en politici uitvoerig bediscussieerd.

de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw tot uitbreiding met 'nieuwe typen' in bijzondere wetten.<sup>224</sup>

Een specifiek element van de afschaffing van de horigheid en de feodaliteit is de afschaffing van de leenrechtelijke verplichtingen *in faciendo*. In de specifieke context van de vraag in hoeverre uit een recht ten aanzien van een zaak ook verplichtingen tot een handelen of tot betaling van een geldsom voor de betrokkenen kunnen voortvloeien, wordt soms nog verwezen naar de nadelen die aan de feodale rechtsorde waren verbonden. Hier staat tegenover dat ook in Duitsland al snel is gebleken dat ook in de moderne maatschappelijke ordening een duidelijke behoefte bestaat om rechthebbenden tot zaken en andere goederen verplichtingen op te leggen die mede uit een handelen kunnen bestaan. Voor zover hierbij de ruimtelijke ordening en de zogenaamde welstand in het geding waren, is tot op zekere hoogte in de behoeften voorzien door middel van publiekrechtelijke regelgeving.<sup>225</sup> Voor het overige zijn verbintenisrechtelijke constructies ontstaan om de in het privaatrechtsverkeer gewenste verplichtingen ten aanzien van een zaak enige mate van derdenwerking te verlenen. Het verabsoluteerde eigendomsbegrip dat aan het BGB ten grondslag ligt, biedt voor dergelijke verplichtingen geen ruimte.<sup>226</sup>

224 Zie reeds Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 22 ('Die Geschichte des Typenrechts'), sub 7 p. 87 "Das BGB hat aus dem römischen Recht das System des *numerus clausus*, den Typenzwang übernommen, allerdings unter teilweiser Vermehrung der Rechtstypen und mit zahlreichen Vorbehalten für die Landesrechte. Die Erfahrung der Zwischenzeit hat aber gezeigt, daß die radikale Einschränkung der dinglichen Rechtsformen auch Nachteile hat und namentlich die innere Kolonisation, die Neugründung von Bauernstellen erschwert. Schon vor der Verfassungsänderung haben Landesgesetze Rechtsformen neu zu beleben gesucht." Zie ook § 23.3, p. 88.

225 Zie reeds Franz Wieacker, *Bodenrecht*, 1938, § 12.III, sub 3, verder F. Schöb, *Handwörterbuch* a.p. Wiegand (1998), p. 116, vermeldt de invloed des öffentlichen Rechts op het zakenrecht als belangrijke tendens en citeert in dit kader Martin Wolff, *Das Sachenrecht*, 8<sup>e</sup> druk 1929, die publiekrechtelijk georiënteerde beperkingen en verplichtingen voor zakelijk gerechtigden kenschetst als 'die Wiederkehr von Gebundenheiten' uit het leenrecht.

226 Johannes M. Sontis, *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, p. 981-1002, heeft op begripsmatig niveau getracht om het eigendomsbegrip te verenigen met beperkingen van de bevoegdheden van een eigenaar. Om ook verplichtingen te incorporeren in het eigendomsbegrip en meer algemeen in het begrip subjectief recht acht Sontis het noodzakelijk om het begrip subjectief recht ondergeschikt te maken aan het algemenere begrip 'rechtsverhouding', zodat verplichtingen voor de zakelijk gerechtigde deel uit kunnen maken van 'das dingliche Rechtsverhältnis' (p. 998). Zie overigens H. Hattenhauer, *Über vereintes und entzweites Eigentum*, in: *Das Eigentum*, J. Baur (red.), 1989, p. 83-101, voor de onverenigbaarheid van de onsplitsbaarheid van de eigendom met moderne (woon)behoeften.

Ook voor zover de numerus clausus in verband wordt gebracht met de behoefte om de verhandelbaarheid van goederen te verbeteren, is de numerus clausus ter discussie gesteld. Niet alleen de maatschappelijke behoefte om het handelsverkeer te vergemakkelijken is in twijfel getrokken.<sup>227</sup> Ook over de mate waarin het nodig is daarvoor de goederenrechtelijke rechten te standaardiseren, kan verschillend worden gedacht. De uitgangspunten van het Savigniaanse vermogensrechtelijk systeem en de pandektistische begripsbepalingen zouden strikter worden toegepast dan nodig is om de verhandelbaarheid van goederen te waarborgen.<sup>228</sup> Zo bezien stond de numerus clausus, evenals de overige elementen van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht, ten dienste van de verwezenlijking van een maatschappelijk belang dat reeds destijds minder urgent was geworden. Bovendien schoot de rechtsontwikkeling hierin verder door dan reeds destijds nodig was voor het bereiken van het met de wetgeving beoogde doel.

De conclusie voor het heden kan zijn dat het dogma van de numerus clausus en daarmee het stelsel van het zakenrecht in het BGB hun verband met de maatschappelijke werkelijkheid ten dele verloren hebben. Het dogmatische model dat aan het BGB ten grondslag heeft gelegen, loopt zo bezien het gevaar een belemmering te worden voor de rechtsontwikkeling conform de zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden. Schöbi stelt:

"Die heutige Sachenrechtsdogmatik baut (noch) auf den dogmatischen Modellen auf, die in der Pandektenwissenschaft des 19. Jh. ihre endgültige Form gefunden haben. Das Bewußtsein für die politischen Anliegen, die dieser Dogmatik zugrunde liegen, öffnet den Blick für die Zeitbedingtheit der gefundenen Lösungen. Insbesondere bei der Beschreibung von Formen des gemeinschaftlichen Eigentums und von Leistungspflichten des dinglich Berechtigten stößt die heutige Sachenrechtsdogmatik mit einer gewissen Zwangsläufigkeit an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Die Mängel fallen deshalb nicht besonders auf, weil man mit den Mitteln des öffentlichen Rechts die Verluste aufzufangen versucht, die mit einer die Freiheit des

---

227 Zie reeds Wieacker, o.c., 1938, § 12.III, sub 2. "Im Typenzwang überkreuzen sich also verschiedene rechtspolitische Gesichtspunkte (vgl. Heck, § 23). Das Gemeinschaftsinteresse an der Ausschließung kultur- und planschädlicher Willkürlasten, die mit der Bewegungsfreiheit des Grundeigentümers auch die volkswirtschaftlich richtige Bewirtschaftung hemmen, ist heute dringlicher als je (Umlegung). Dagegen tritt die Rücksicht auf einen möglichst ungestörten und übersichtlichen Liegenschaftsverkehr heute mehr und mehr zurück."

228 Zie ten aanzien van het onroerend goedrecht reeds Wieacker, o.c., 1938, § 13, p. 113: "Die strenge Ausbildung der Grundsätze [des rechtsgeschäftlichen Liegenschaftsverkehrs] ist eine technische Meisterleistung der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Aber die großen Vorzüge sind erkaufte mit der Überschätzung der Verkehrsinteressen des Liegenschaftsmarktes, die diesem Jahrhundert eigentümlich ist."

Eigentumers betonenden Sachenrechtsdogmatik verbunden sind. Die ideologische Funktion, die die Sachenrechtsdogmatik damit zusätzlich erfüllt, dürfte letztlich auch das größte Hindernis bei ihrer Fortentwicklung sein.<sup>229</sup>

Ook Wiegand trekt in twijfel in hoeverre vastgehouden kan worden aan het model van het abstracte privaatrecht, meer in het bijzonder het abstracte zakenrecht.<sup>230</sup> Hij constateert maatschappelijke weerstand tegen ongebreideld kapitalisme en de behoefte aan 'Sozialpflichtigkeit' van zakelijk gerechtigden en aan maatschappelijk gebonden eigendom, zeker waar het onroerend goed betreft.<sup>231</sup> Het absolute en individualistische eigendomsbegrip zou voor sociale principes onvoldoende ruimte bieden.<sup>232</sup> Dergelijke maatschappijvisies, die concurreren met het liberalisme, vragen om andersoortige rechtsregels:

"Das abstrakte Privatrecht der Verkehrsgesellschaft des 19. Jahrhunderts wird in zunehmende Maße remoralisiert und rematerialisiert, die Ersetzung formaler Freiheitsethik durch materiale Verantwortungsethik wird diskutiert und postuliert ( ) diese Entwicklung, wie immer man sie beurteilen mag, an dem Sachenrecht als dem abstraktesten und bewusst autonom konzipierten Teil des Verkehrsrechts nicht verübergehen kann."<sup>233</sup>

De vraag of in de toekomst voor de *numerus clausus* in het Nederlandse vermogensrecht nog een rol is weggelegd, moet dus mede in het licht van de rechtsontwikkeling en de maatschappelijke context worden beoordeeld.

229 F. Schöbi, *Handwörterbuch*, kolom 1223, sub 8.

230 Wiegand (1998), p. 113, omschrijft het concept van das abstrakte Privatrecht aldus: "Man versteht darunter verkürzt ausgedrückt, ein Privatrechtsmodell, das alle metajuristischen Elemente und Aspekte, Zwecke und Zielsetzungen ausblendet und auf einem in sich selbst ruhenden und sich selbst weiterentwickelnden System basiert", met verwijzing naar Coing/Wilhelm, Band II, *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, 1977.

231 Wiegand (1998), p. 117-118, beschrijft in dit kader onder andere een aspect van het nationaal-socialistische gedachtegoed, dat de onbepaalde vrijheid van de eigendom van grond verwerpt en een sociale binding van grondeigendom aan de familie en meer algemeen de gemeenschap voorstond: de eigendomspolitiek van het Derde Rijk was gegrond op "unlöslichen Verbundenheit von Blut und Boden".

232 Zie o.a. Julius von Gierke, *Sachenrecht, Enzyklopadie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Band IX, 3<sup>e</sup> druk 1928, p. 5: "Das Sachenrecht des BGB ist im wesentlichen von individualistischen Grundgedanken beherrscht und hat - hierin dem römischen Recht folgend - von sozialen Prinzipien kaum einen Hauch verspürt. Insbesondere erscheint das Eigentum als ein grundsätzlich schrankenloses Recht, dem nur durch besondere Ausnahmebestimmungen Einschränkungen auferlegt sind."

233 Wiegand (1998), p. 120.



### **3.6 Het Nederlandse BW van 1992 in het licht van het zakenrecht in het BGB**

Uit de beschrijving van de historische ontwikkeling van het Nederlandse goederenrecht in de 19<sup>e</sup> eeuw kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste is uit het Ontwerp 1816 gebleken dat de *numerus clausus* als zodanig reeds vroeg in het Nederlandse rechtsdenken besloten lag. Ten tweede zijn de doctrine en de jurisprudentie in Nederland in de loop van de daarop volgende tijden geïnspireerd en beïnvloed geweest door aanvankelijk de Franse doctrine en vervolgens de Duitse doctrine en het Duitse BGB.

De analyse van het Duitse recht, in belangrijke mate op basis van de gegevens van Wiegand, heeft duidelijk gemaakt dat het dogma van een *numerus clausus* moet worden gezien in een breder verband: de *numerus clausus* is een aspect van de zelfstandigheid en de autonomie van het zakenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht en kan overigens niet los worden gezien van het pandektistische eigendomsbegrip. Vanuit Duits perspectief bezien is de *numerus clausus* dus een systematisch rijk begrip. De soms grote maar zelden door middel van verwijzingen tot uitdrukking gebrachte Duitse invloed op de Nederlandse doctrine in de 19<sup>e</sup> eeuw leidde tot een vergelijkbare verruiming van de betekenis van de *numerus clausus* in het Nederlandse recht. De Duitse invloed liet zich ook in de 20<sup>e</sup> eeuw voelen; het Nederlandse vermogensrecht blijkt zich in de praktijk te hebben ontwikkeld volgens de in de vorige paragraaf voor Duitsland beschreven lijnen.

In deze paragraaf staat het nu in Nederland geldende BW centraal. De *numerus clausus* is op zich al in het vorige hoofdstuk onder de loupe genomen. Hier wordt het bredere verband beschouwd door het systeem van het vermogensrechtelijke deel van het BW van 1992 te analyseren in het licht van het zakenrecht in het BGB. De mate waarin het zakenrechtelijk systeem van het BGB is terug te vinden in het BW is van belang: als blijkt dat dezelfde systematiek en dezelfde begrippen zijn gehanteerd, vloeit daaruit de aanname voort dat aan de *numerus clausus* in het nu in Nederland geldende vermogensrecht hetzelfde gewicht en dezelfde reikwijdte toekomen als in het Duitse recht. De gelijkenissen onderbouwen de hypothese dat de *numerus clausus* van het Nederlandse goederenrecht in een breed systematisch verband moet worden gezien.

De opzet van deze paragraaf volgt die van de vorige, zodat de gelijkenissen en de verschillen tussen het Duitse en het Nederlandse systeem optimaal naar voren komen. Eerst wordt aandacht besteed aan de indeling van het BW, vervolgens aan het zaaksbegrip, dan aan de *numerus*

clausus en de Typenzwang, vervolgens de overdraagbaarheid en ten slotte het causaal stelsel en andere doorwerkingen van het verbintenissenrecht. Daarbij komt het thema van de zelfstandigheid van het zakenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht verschillende keren terug. De beschouwingen monden uit in een analyse in § 3.7 van het eigendomsbegrip dat aan het Nederlandse vermogensrecht ten grondslag ligt.

### 3.6.1 Systeem en indeling van het vermogensrecht

In de Franse Code civil wordt het gehele verbintenissenrecht geregeld in de marge van het zakenrecht: overeenkomsten worden in het derde boek behandeld als één van de wijzen waarop eigendom kon worden verkregen.<sup>234</sup> In Nederland was bij de vervaardiging van het oude BW van 1838 al gekozen voor een minder stiefmoederlijke behandeling van het verbintenissenrecht. Dit deel van het vermogensrecht kreeg een afzonderlijk boek.<sup>235</sup> De tweedeling, waarin zakenrecht en verbintenissenrecht naast elkaar worden geplaatst, paste in de Nederlandse rechtstraditie: het is Hugo de Groot geweest die in zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* uit 1631 niet alleen het onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten introduceerde, maar ook zijn systematische beschrijving van het privaatrecht entte op de tweedeling tussen rechten op zaken ('beheering') en rechten jegens personen ('inschuld').<sup>236</sup>

Het BW van 1992 staat in verschillende opzichten dichter bij het BGB en het Savigniaanse vermogensrechtelijke systeem dan bij het oude BW. In het bijzonder de algemene regeling van vermogensrechtelijke leerstuk-

234 Het opschrift van het derde boek van de Code civil luidt: 'Des différentes manières dont on acquiert la propriété'. Meijers, PG Algemeen deel, p. 132, spreekt van "een vergaarbak, waarin men de meest verschillende onderwerpen, verbintenissenrecht, erfrecht, bewijsrecht, recht van pand en hypotheek, tezamen met de wijzen van eigendomsverkrijging van stoffelijke voorwerpen behandeld vindt."

235 Carel Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon, 2<sup>e</sup> druk 1838, p. 12: "Bij de behandeling des derden boeks van het Wetboek Napoleon is de Fransche wetgever in dwalingen vervallen, welke schier onbegrijpelijk voorkomen. Dat boek handelt *over de onderscheidene wijzen, waarop EIGENDOM wordt verkregen*, en tot verbazing van ieder regtskenner treft men in dat boek aan *het huurcontract, de vennootschappen, leening, bewaargeving en sequestratie, lastgeving, borgtogt, dading, lijfswang, pandregt, bevoorregte schulden, en onderzetting*, om niet te spreken van de *kanscontracten, de quasi-contracten, delicten en quasi-delicten* en de *materie van het bewijs*. De Nederlandsche wetgever van gezondere beginselen uitgaande, heeft in het derde boek het stuk der *verbindtenissen* en alzo alle contracten behandeld, waaruit het *jus ad rem* geboren wordt; en die rangschikking vereischt geene verdere toelichting."

236 Zwolve, Hoofdstukken, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 2<sup>e</sup> druk 2003, p. 97. Zie ook de citaten uit de Inleidinge in § 2.5.1.6.

ken in boek 3, passend getiteld 'vermogensrecht in het algemeen', en de algemene regeling van de rechtshandeling zijn kenmerkend voor de Savigniaanse kijk op het vermogensrecht.<sup>237</sup> Er is echter één belangrijk verschil met de Duitse systematiek: veel regels van algemeen vermogensrecht zijn in het BGB te vinden in het eerste boek, dat dan ook de titel 'algemeen deel' draagt. Daarop volgt in boek 2 van het BGB het verbintenissenrecht, in boek 3 het zakenrecht, in boek 4 het familierecht en in boek 5 het erfrecht. Meijers heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om het algemene gedeelte te beperken tot het vermogensrecht, zodat het niet ook het personen- en familierecht overkoepelt. Zo wordt voorkomen dat de vermogensrechtelijke regeling van bijvoorbeeld de volmacht in beginsel mede de vertegenwoordiging in familierechtelijke verhoudingen regelt.<sup>238</sup>

De beschrijving van het Duitse recht heeft duidelijk gemaakt dat de codificatie van het Savigniaanse model in het BGB onder meer de emancipatie van het verbintenissenrecht, waartoe meer in het bijzonder het overeenkomstenrecht behoort, betekende. In Nederland was dat reeds sinds 1838 het geval, aangezien het zakenrecht en het verbintenissenrecht daarin nevenschikking waren.<sup>239</sup> Deze nevenschikking is gehandhaafd in het BW van 1992, maar de dichotomie was volgens Meijers onvoldoende genuanceerd, zoals blijkt in verband met het zaaksbegrip.

- 
- 237 Zie Lokin, Het NBW en de pandektistiek, BW-Krant Jaarboek 10 (1994), p. 132: "de indeling van ons NBW is de vrucht van een dialoog die Meijers voornamelijk met de pandektistiek en haar wettelijk voortbrengsel, het BGB, heeft gevoerd."; en Lokin, De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in: Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de 19<sup>e</sup> eeuw, 1994, p. 30: "Als men wil, kan men aan de hand van fraaie voorbeelden makkelijk de invloed van de Duitse pandektisten uitstreken tot het nieuwe BW met zijn algemeen deel van het vermogensrecht - een stokpaardje van Von Savigny - en de centrale plaats die de rechtshandeling - een ander propagandapunt van Von Savigny - daarin inneemt."
- 238 Zie de algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p. 132-133: "Bovendien geeft dit algemeen gedeelte [in de indeling volgens de Duitse Pandectenwetenschap] een te abstracte vorm aan de daarin vervatte rechtsregels, vooral aan die welke op de rechtshandeling in het algemeen betrekking hebben. Deze regels zijn steeds opgesteld met de vermogensrechtelijke rechtshandelingen voor ogen. Het is gevaarlijk deze regels ook op het familierecht van toepassing te verklaren." Overigens zijn in het BW uiteindelijk veel schakelbepalingen opgenomen. Bijvoorbeeld art. 3:79 BW geeft de bepalingen inzake volmacht een heel ruime reikwijdte ook buiten het vermogensrecht, maar daarbij wordt dan wel het voorbehoud gemaakt dat de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich niet tegen toepasselijkheid verzet.
- 239 De volgorde, die zonder belang is, wijkt weer af van het BGB door trouw te zijn aan de volgorde in het oude BW.

### 3.6.2 Het zaaksbegrip

De term 'zaak' in het oude BW omvatte in navolging van de Code civil niet alleen zaken in fysieke zin maar ook 'onlichamelijke zaken', zoals vorderingsrechten. Geconstateerd is dat het BGB uitgaat van een strikt zaaksbegrip, dat alleen zaken in 'lichamelijke' zin omvat. Voor het nieuwe BW is er uitdrukkelijk voor gekozen om af te wijken van het oude Franse zaaksbegrip en het Duitse zaaksbegrip te volgen door het in art. 3:2 BW te beperken tot 'de voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke voorwerpen'.<sup>240</sup>

In het BGB heeft men het bij het onderscheid tussen zaken en verbintenissen gelaten. De consequentie is dat bijvoorbeeld de voortbrengselen van de geest en al dan niet gedematerialiseerde aandelen in vennootschappen een duidelijke algemene regeling voor overdracht en bezwaring met beperkte rechten ontberen. Deze rechtsoBJECTEN, die naar hun aard wezenlijk anders zijn dan verbintenissen en vorderingsrechten, passen niet onder de vlag van het 'zakenrecht' in het BGB.<sup>241</sup> Er zijn in de tekst van de wet en in de parlementaire geschiedenis van het BGB wel allerlei aanwijzingen dat de Duitse wetgever zich ervan bewust is geweest dat er naast rechten op zaken in enge zin ook andere absolute rechten bestonden.<sup>242</sup> Meijers heeft er bovendien op gewezen dat in het BGB talloze ver-

240 E.M. Meijers, De herziening van ons burgerlijk wetboek, WPNR 4041-4042 (1948), VPO I, p. 147 op 157. Zie ook reeds art. 1 van het Ontwerp 1898 dat bepaalde dat onder zaken alleen lichamelijke goederen werden verstaan.

241 Zie bijv. W. Rainer Walz, Sachenrecht für Nicht-Sachen? - Kritik einer Systemanalogie, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1986, p. 163: "Gibt es ein Sachenrecht für Nicht-Sachen? Die Frage erweist sich zum Schluß als falsch gestellt, weil sie suggeriert, die Zuordnung von nicht-gegenständlichen Rechtsgütern sei ein Spezialfall der Zuordnung von Sachen. Es ist aber umgekehrt: das Sachenrecht ist der - wenn auch wichtige - Spezialfall eines umgreifenden Vermögensrechts, an dessen Entwicklung uns die Versteinerungen des dogmatischen Tradition nicht hindern sollten. Wir brauchen ein lernfähiges System vermögensrechtlicher Zuordnungen, das eine seinen modernen Aufgaben angepasste Flexibilität besitzt. Die funktionsblinde Begriffsgegensatz von dinglichen und obligatorischen Rechten ist dafür nicht mehr konstitutiv."

242 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe (1888), p. 2, in: § II.1 'Begriff des dinglichen Rechtes', tweede alinea, tweede gedeelte: "Die Begriffe der Dinglichkeit und der Absolutheit decken einander nicht. Wenn auch das obligatorische recht grundsätzlich nur relativ werckt, so giebt es doch eine Reihe anderer persönlicher Rechte, welche absolute Wirkung haben; so namentlich gewisse selbständige Berechtigungen, welche von dem Sachenrechte wie Grundstücke behandelt werden, ferner verschiedene Rechte, welche dem Familienrechte angehören, sowie die sogenannten immateriellen Rechte. Die Absolutheit kann somit nur als eine regelmäßig dem dinglichen Rechte beiwohnende Eigenschaft angesehen werden."

wijzingen zitten naar een algemeen begrip dat ruimer is dan de Duitse zaak en dat gelijk is aan wat thans in art. 3:1 BW als 'goed' wordt aangeduid.<sup>243</sup>

De dichotomie van zakenrecht en verbintenissenrecht is in het BW van 1992 uitdrukkelijk verlaten:

Het vermogensrecht "wordt echter niet eenvoudig in zakenrecht en verbintenissenrecht gesplitst, maar in een algemeen aan het vermogensrecht gewijde deel, gevolgd door drie gedeelten, die de hoofdtypen der vermogensrechten, zoals zakelijke rechten, vorderingsrechten en rechten op voortbrengselen van de geest tot onderwerp hebben. Als zakelijke rechten zijn hierbij in navolging van het Duitse Burgerlijk Wetboek uitsluitend rechten op stoffelijke voorwerpen aangemerkt ( ) Nadat aldus de regels, die voor het vermogen en de vermogensbestanddelen in het algemeen gelden, behandeld zijn, volgen de verschillende vermogensrechten, onderscheiden naar het voorwerp van het recht. Voorop komen dan de rechten op zaken-zaken dan genomen in de zin van stoffelijke voorwerpen"<sup>244</sup>

Door meer structureel gebruik te maken van de - mijns inziens identieke<sup>245</sup> - overkoepelende begrippen 'goed' en 'vermogensrecht' beoogde Meijers ruimte te creëren voor andere goederen dan zaken en vorderingsrechten. Zijn opzet betekende in feite de vervolmaking van het model dat aan het BGB ten grondslag heeft gelegen.<sup>246</sup>

Geconstateerd moet worden dat het BW van 1992 vooralsnog niet verder is gekomen dan de Duitse dichotomie in vervolg op een algemeen vermogensrechtelijk deel: een wettelijke regeling van de voortbrengselen van de geest, die was voorzien in een afzonderlijk boek van het nieuwe BW, is in Nederland nog niet tot stand gekomen. Weliswaar is in de jaren

---

243 Algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p 134. "In het Duits Burgerlijk Wetboek is als men goed zoekt deze algemene behandeling hier en daar ook wel te vinden, het algemene begrip voor lichamelijke en onlichamelijke zaken tezamen, het vermogensrecht in het algemeen, is daar slechts schijnbaar uitgebannen, onder de naam Gut of Gegenstand leeft het ook daar voort. De algemene daarvoor geldende regels zijn echter fragmentarisch hier en daar verscholen geplaatst." Zie ook TM bij afdeling 3 1 1, PG 3, p 61, waar de Duitse wetgeving wordt verklaard vanuit het verlangen om de onlichamelijke zaken in de ban te doen en zo het onderscheid tussen res, dat hier wordt gelijkgesteld aan 'zaak', en ius in re aliena, hier kennelijk gebruikt als 'vorderingsrechten', zuiver te houden

244 De algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p 133. Zie in vergelijkbare zin TM bij afdeling 3 1 1, PG 3, p 62

245 Zie § 2 5.1.

246 Vgl. W.M. Kleijn en M.M. Olthof, Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek, WPNR 5561 en 5562 (1981) op p 249, en U. Drobnig, Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht, Eur. Rev. Private Law (1993), p 171-188 op p 181. In TM bij afd. 3 1 1 (1954), PG 3, p 62, is gesteld dat het ontwerp de ontwikkeling "tracht af te sluiten"

'90 het werk aan een boek 9 BW hervat, maar inmiddels ligt het werk weer stil, in het besef dat de internationalisering van met name het intellectueel eigendomsrecht een nationale wettelijke regeling tezeer compliceert

### 3 6 3 *Het eigendomsbegrip*

Bij de beschrijving van de Duitse doctrine bleek al dat het eigendomsbegrip wordt gekenmerkt door absoluutheid, totaliteit, abstractheid en oneindigheid. Bovendien vloeit uit dit eigendomsbegrip voort dat een zakelijk recht nooit kan verplichten tot een handelen, aangezien de beperkte rechten zijn afgeleid uit het eigendomsrecht en het eigendomsrecht als meest volledige recht geen plichten kan omvatten.

Het eigendomsbegrip uit de pandektistiek heeft ook in Nederland grote invloed gehad. Aangenomen wordt dat het moderne, absolute getinte eigendomsbegrip, met zijn accent op de vrijheid van de eigenaar - verwoord door Opzoomer en later ook Diephuis -, niet uit de periode kort na de Franse revolutie dateert maar uit de tweede helft van de negentiende eeuw.<sup>247</sup> Het rechtsdenken in Nederland werd toen sterk beïnvloed door de pandektistiek en de ontwikkelingen in het Duitse recht.<sup>248</sup>

Aan het eigendomsbegrip in het Nederlandse recht, mede in verband met zijn wortels in het Franse recht, en aan zijn verankering in het BW van 1992 wordt nader aandacht besteed in een afzonderlijke paragraaf. De reden hiervoor is dat het eigendomsbegrip een grote rol speelt bij de afbakening van de inhoud van de beperkte rechten, aangezien de beperkte rechten volgens de 19<sup>e</sup> en 20<sup>e</sup> eeuwse pandektistische dogmatiek zijn afgeleid uit het eigendomsrecht.<sup>249</sup> Het eigendomsbegrip slaat daardoor een groot aantal grenspaaltjes voor de partijautonomie in het goederenrecht. Daarom wordt het meer in detail nader uitgewerkt in § 3.7.

247 G. E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen*, 1987, p. 37 e.v. over het eigendomsbegrip van Diephuis en Opzoomer, en p. 45, geïnspireerd door G. C. J. J. van den Bergh, *Schijnbewegingen - Herodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief*, *Recht en Kritiek* 13 (1987) 4, p. 327-341.

248 Door een neutrale toeschouwer, de Zuid-Afrikaan Milton, *Ownership*, in *Southern Cross*, 1996, h. 20, op p. 697, noot 253, met verwijzing naar A. J. van der Walt, *The South African Law of Ownership - a historical and philosophical perspective*, *De Jure* 1992, p. 446 op p. 455, zijn de delen uit de Asser serie over het zakenrecht gekwalificeerd als 'a work based upon the pandectist version of property law'.

249 Zie over het afsplitsingsmodel nader § 6.2.

3.6.4 *De numerus clausus*

Bij de beschrijving van de herkomst van de *numerus clausus* is aandacht besteed aan de maatschappelijke context waarin zowel de Historische School en de Pandektistiek in de Duitse doctrine, als de Franse Code civil en in zijn kielzog het oude Nederlandse BW tot ontwikkeling kwamen. Het BW van 1992 is wat de maatschappelijke context betreft een codificatie van een wat andere aard, namelijk één die slechts de bestaande maatschappelijke verhoudingen bestendigt. Aan het BW ligt geen nieuwe maatschappijvorm ten grondslag.<sup>250</sup> De motieven voor de Nederlandse hercodificatie van het burgerlijke recht rond 1950 zijn de vergroting van de toegankelijkheid ervan en herstructurering geweest.<sup>251</sup>

Bovendien is in de vorige paragrafen duidelijk geworden dat de *numerus clausus* verband houdt met de 19<sup>e</sup> eeuwse visie op de aard van wetgeving; het primaat van de wetgever vertaalde zich in de exclusiviteit van de wet als rechtsbron. Ook wat dit betreft vormt het BW van 1992 een codificatie van een andere soort. De nieuwe wet is uitdrukkelijk gepresenteerd als slechts het vertrekpunt voor de rechtsvinding.<sup>252</sup> Dit betekent dat

- 
- 250 Zie uitdrukkelijk Tweede Kamerlid mej. Zeelenberg (PvdA) op 2 juni 1953, PG Algemeen Deel, p. 39: "Het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft geen revolterende tendenties. Het gaat uit van dezelfde maatschappijvorm als die van 1838 en waarin wij nu leven: een maatschappijvorm met eigendom en vererving, met vrij contractenrecht, met huwelijk en ouderlijke macht. Het zou ook niet van een andere maatschappijvorm kunnen uitgaan, want die heeft zich niet of nog niet voldoende gemanifesteerd. Dit was bij de komst van de codes anders, die was de glorie van het zich eindelijk geheel losgeworteld hebbende vrije burgerdom."
- 251 Zie o.a. met betrekking tot de codificatiegedachte in het algemeen: de algemene inleiding van de Toelichting Meijers (6 april 1954), PG Algemeen deel, p. 121-123. Zie verder o.a. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon NBW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 4, en C.J.H. Jansen, Een Europees Wetboek van Contractenrecht en de rechtsgeschiedenis, WPNR 6593 (2004), en De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het Burgerlijk Wetboek, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 3-26.
- 252 Zie Tweede Kamerlid Oud (VVD) op 2 juni 1953, PG Algemeen Deel, p. 51. "Dan moeten wij ook oppassen, dat wij de betekenis van de wetgever niet gaan overschatten, want als wij b.v. spreken van een verouderd Burgerlijk Wetboek, moeten wij toch ook in het oog vatten, dat het geheel onjuist zou zijn te menen, dat bij een onveranderde wet het recht ook onveranderd zou blijven. Wanneer wij dat zouden doen, zouden wij de betekenis van de rechtspraak onderschatten, omdat nu eenmaal een groot deel van ons recht geleidelijk door de rechtspraak gemoderniseerd is. Wij staan thans, in 1953, tegenover het gehele probleem van de codificatie toch ook wel heel anders dan onze voorvaders omstreeks 1800. Het is op het ogenblik helemaal niet meer zo, dat wij nog zouden geloven in dat alleen zaligmakende van de codificatie, zoals destijds toch wel de overheersende stroming was. Wij voelen thans, geloof ik, veel meer dan de codificatoren van omstreeks 1800 voor de woorden van De Savigny over het recht: 'Es ist und wird mit dem Volke.' De scherpe

de rechter meer nadrukkelijk de ruimte heeft gekregen om ook naast en buiten de wet recht te ontwikkelen.<sup>253</sup>

De uitdrukkelijke rol voor de rechter bij de rechtsontwikkeling doet de *numerus clausus* als vanzelf verschuiven van een - strikte - beperking tot de *wettelijke* typen goederenrechtelijke rechten naar een - minder strikte - beperking van het *rechtens* erkende aantal typen. Hierdoor is meer ruimte ontstaan voor de erkenning van nieuwe typen goederenrechtelijke rechten en nieuwe wijzen van rechtsverkrijging en -verlies die geen uitdrukkelijke grondslag vinden in de wet. De bandbreedte voor de goederenrechtsontwikkeling wordt niet langer bepaald door de letter van de wet, maar door haar systeem en door de analogie met de wel uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen. Deze benadering, die de Hoge Raad in 1959 heeft verwoord in het Quint/Te Poel arrest inzake ongerechtvaardigde verrijking, wordt nu ook in het goederenrecht voor goederenrechtelijk georiënteerde rechtsfiguren zoals de kwaliteitsrekening gekozen.<sup>254</sup> Een contra-indicatie is het feit dat de *numerus clausus* in de wet is neergelegd door middel van verwijzingen naar de *wet* zelf, zoals vooral in art. 3:81 lid 1 en 83 leden 1 en 3 BW, maar toch behoeft dit gegeven niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat sprake is van een strikte wettelijke *numerus clausus*, indien de verwijzing naar de wet wordt uitgelegd à la Quint/Te Poel.

Het pandektistische dogma van de *numerus clausus* betreft niet alleen de vraag of buiten de wet typen goederenrechtelijke rechten kunnen bestaan of nieuwe typen worden erkend. De *numerus clausus* gaat ook over de inhoud van de Typenzwang: de verschillende typen goederenrechtelijke rechten die behoren tot het pakket dat de wetgever in de wet heeft willen regelen.

- 
- 253 scheiding tussen de wetgevende en rechterlijke macht der theorie bestaat in werkelijkheid ook niet meer, want wij weten, dat de rechter in feite vaak de wetgever is " Tweede Kamerlid Zeelenberg (PvdA) op 2 juni 1953, PG Algemeen Deel, p. 41. "Incorporeren en daarbij een keus doen uit het jurisprudentierecht, open vragen oplossen, fouten gladstrijken, dat is de taak van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. (.) Na zulk een incorporatie zal de ontwikkeling weer opnieuw beginnen, omdat wetteksten, hoe zorgvuldig ook geredigeerd, nooit alle casusposities kunnen opvangen en evenmin de bewoordingen van nu alle vormen, welke zich bij het voortschrijden van de tijd zullen ontwikkelen, kunnen omvatten. Door zijn interpretatierecht, door het nu wel vrij algemeen aangehangen systeem van vrije rechtsvinding, heeft in het verleden de rechter het Burgerlijk Wetboek levend gehouden als een, doch niet de enige factor der rechtsvorming (.) In het keurslijf van de wet is het recht nooit te vangen. Er is geen codificatie denkbaar, die de rechtsstof uitputtend regelt, en dit is ook maar gelukkig, want de ontwikkeling in de jurisprudentie zet zich voort. De wet, ook een nieuw Burgerlijk Wetboek, bevriest niet "
- 254 Zie ook HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), waarover al § 235 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel). Zie ook § 253 en § 943



Wat de geregelde typen goederenrechtelijke rechten betreft zijn er geen aanwijzingen dat de Nederlandse wetgever bij het opstellen van het BW van 1992 zich heeft laten leiden door de rechtsontwikkelingen in verband met het BGB. Eerder integendeel: de wetgever heeft de bewuste keuze gemaakt om de door - buitenwettelijk - Duits recht geïnspireerde eigendomsoverdracht tot zekerheid uitdrukkelijk te verbieden door middel van de bepaling in art. 3:84 lid 3 BW en daarvoor vormen van vuistloze zekerheid in de plaats te stellen. Wel heeft de Nederlandse wetgever er later, rond 2000, voor gekozen om de regeling van de koop van onroerende zaak uit te breiden met de mede aan het Duitse recht ontleende figuur van de Vormerkung in art. 7:3 BW, waarmee ter bescherming van de koper aan zijn recht op levering een mate van derdenwerking wordt toegekend. Voor het overige heeft de Nederlandse wetgever vrijwel alle zakelijke rechten die al in het oude BW waren geregeld, gehandhaafd.<sup>255</sup> Ook de bepaling die in de weg staat aan herinvoering van horigheden, art. 1:1 lid 2 BW, maakte reeds deel uit van de regeling van de erfdiensbaarheid in het BW van 1838.<sup>256</sup> Een bijzondere bepaling met vergelijkbare strekking was in het oude BW ook opgenomen in de regeling van het recht van erfdiensbaarheid.<sup>257</sup> Met de weglating van deze bepaling uit het BW van

255 Het zakenrecht in het BW van 1838 was geenszins ontleend aan de Franse Code civil: het pakket aan zakelijke rechten week daarvan onder meer af doordat het zakelijke recht van erfpacht ontbreekt in de Franse Code civil. Het opstalrecht (*droit de superficie*) is in de Code civil niet uitdrukkelijk geregeld als een beperkt zakelijk recht; in art. 553 Cc wordt natrekking geregeld als een weerlegbaar vermoeden en is bepaald dat derden de eigendom van een kelder of een deel van een gebouw op het terrein van een ander kunnen hebben.

256 De bepaling in het huidige BW in art. 1:1 lid 2 luidt: 'Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming dan ook, worden niet geduld.' Deze bepaling is vrijwel identiek aan art. 2 lid 2 Oud BW; alleen de vermelding van slavernij is weggelaten.

257 Zie art. 721 lid 2 Oud BW, dat na een omschrijving van het recht van erfdiensbaarheid in lid 1 luidde: 'Dezelve mag, noch ten laste, noch ten behoeve van eenen persoon daargesteld worden.'; vgl. art. 686 Cc. Zie over deze bepaling Meijers, Een nieuwe studie omtrent art. 1354 BW (recensie dissertatie Dullemond), WPNR 2629-2630 (1920), VPO III, p. 65-66: "In ons land heeft men alle verplichtingen om te doen, die aan den eigendom vast zaten na de staatsregeling van 1798 als vervallen beschouwd. Art. 721, 2e lid B.W., waakt tegen haar herleving. Eveneens verbiedt art. 721 B.W. dienstbaarheden, om niet te doen ten laste van een persoon. Zou men nu onder den naam van verbintenissen toch kunnen doen herleven wat als zakelijk recht niet toegelaten is? Het komt hier toch op wezen en strekking der instelling aan en niet op de juridische categorie, waaronder men haar wenscht te rangschikken. In dit opzicht bestaat er een groot onderscheid tusschen een overgang van rechten en een overgang van verplichtingen op den verkrijger onder bijzonderen titel. (...) Een overgang van contractuele plichten op den opvolger onder bijzonderen titel schept daarentegen rechtsverhoudingen, die in wezen volkomen overeenstemmen met die, welke men in het zakenrecht heeft verboden." Zie ook, in het bijzonder in

1992 is echter geen wijziging van het recht beoogd geweest. De vermelding van de Typenzwang en de Vormerkung in het kader van het BW van 1992 leiden als vanzelf naar enige andere grensgevallen in de nieuwe wet. Hiermee wordt altijd bedoeld op verbintenissen en verbintenisrechtelijke figuren met betrekking tot een zaak, die in enige mate bindend zijn gemaakt voor anderen dan de schuldenaar, zodat van derdenwerking zou kunnen worden gesproken. Een eeuwenoud voorbeeld uit het Nederlandse recht is het recht van de huurder, dat tegenwerpelijk is aan nieuwe eigenaren van de verhuurde zaak.<sup>258</sup> Een ander voorbeeld is het voorrecht, dat het recht geeft met voorrang te worden voldaan uit de opbrengst van verkoop van een zaak of van een algemeenheid van zaken.<sup>259</sup>

In het BW van 1992 zijn tenminste twee nieuwe overgangsfiguren gecodificeerd.<sup>260</sup> Het meest significant is de wettelijke regeling van de kwalitatieve verplichting in art. 6:252 BW, dat de tegenwerpelijkheid van een verbintenis van een persoon om te dulden of niet te doen met betrekking tot zijn registergoed mogelijk maakt, mits wordt voldaan aan strikte voorschriften ten aanzien van de inhoud en de totstandkoming van een dergelijke verbintenis. In het licht van het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 is de wettelijke regeling van de kwalitatieve verbintenis een innovatie die in verband is gebracht met een versoepeling van de *numerus clausus*.<sup>261</sup>

---

verband met de herkomst van 'erf' bij 'erfdienstbaarheid, nader J. van Kan, *Het vruchtgenot van art. 584 B.W., WPNR 2483-2486 (1917)*, m.n. 2485. Vgl. verder Sagaert, *Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?*, TPR 2005, nrs. 44 en 61, resp. p. 1027 en 1043.

258 Voorheen art. 1612 Oud BW; thans art. 7:226 BW, op grond waarvan de rechten en de plichten van de verhuurder van rechtswege overgaan op de nieuwe eigenaar. Zie hierover R. Westrik, *'Koop breekt geen huur' en het huurbeding*, diss. Rotterdam, 2001.

259 De *communis opinio* is dat een voorrecht geen zakelijk recht is omdat het geen rechten of bevoegdheden op een zaak geeft, maar slechts de rang ten opzichte van andere schuldeisers bij verdeling van de opbrengst van een zaak bepaalt. Aan deze rang aanspraak op zich ontleent de schuldeiser geen enkele mogelijkheid tot actie met betrekking tot een zaak. Een voorrecht heeft naar zijn aard ook geen zaakgevolg. Het karakter van 'grensgeval' houdt verband met de tegenwerpelijkheid van de rang aanspraak aan andere schuldeisers. Hierin ligt een versteviging van de vordering van de geprivilegieerde ten opzichte van andere schuldeisers besloten, die, althans bij de bijzondere voorrechten, teruggrijpt op een bepaald goed.

260 Zie voor een uitvoerige analyse van de overgangsfiguren in het Nederlandse vermogensrecht vooral Rank-Berenschot, diss.

261 Ten onrechte volgens C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam, 1999, p. 251: "Met het al dan niet open, half-open, of gesloten zijn van het systeem van het goederenrecht heeft dit alles, zoals de wetgever terecht heeft opgemerkt, weinig te maken. Ook als men meent dat de kwalitatieve verplichting eigenlijk een zakelijke last is, betekent dat alleen dat de wetgever buiten de boeken 3 en 5 een goederenrechtelijk/zakelijk recht heeft geregeld en niet dat partijen buiten de wettelijk geregelde figuren om naar vrije verkiezing goederenrechtelijke rechten en las-

De tweede nieuwe overgangsfiguur - een verbintenisrechtelijke figuur met goederenrechtelijke trekken - is het retentierecht. Van oudsher is het retentierecht een verbintenisrechtelijke bevoegdheid om nakoming van een verbintenisrechtelijke verplichting tot afgifte op te schorten. Aan deze opschortingsbevoegdheid is reeds lang geleden een mate van tegenwerpelijkheid aan derden toegekend, nu neergelegd in art. 3:291 BW en art. 60 Fw. Bij de codificatie in het nieuwe BW heeft het retentierecht twee nieuwe eigenschappen gekregen, die aan de in essentie verbintenisrechtelijke opschortingsbevoegdheid goederenrechtelijke trekken hebben gegeven. Ten eerste is in art. 3:292 BW aan de retentor een verhaalsrecht met voorrang toegekend. Ten tweede kent art. 3:295 BW aan de retentor de bezitsacties van de eigenaar toe.<sup>262</sup> Beide eigenschappen leggen een verband tussen een verbintenisrechtelijke bevoegdheid en een bepaalde zaak, zodat die bevoegdheid trekken van een zakelijk recht krijgt.

Indien men de *numerus clausus* ruimer verstaat en ook de wijzen van rechtsverkrijging en rechtsverlies binnen de reikwijdte van het gesloten systeem van het goederenrecht brengt, verdienen ook de niet eerder in de wet geregelde leveringsvarianten vermelding bij de bespreking van de wijzigingen in de inhoud van de *numerus clausus* in het nieuwe BW. In het bijzonder de levering c.p., thans geregeld in art. 3:115 sub a BW, zou dan kunnen worden aangemerkt als een overgangsfiguur, die tussen het goederenrecht en het verbintenisrecht zweeft. De levering c.p. is in essentie een verbintenisrechtelijke afspraak zonder nadere formaliteit of handeling, die resulteert in overgang van een goederenrechtelijk recht en die daarmee derdenwerking heeft. Zolang de geleverde zaak in de feitelijke macht van de vervreemder blijft, wordt de levering c.p. in art. 3:90 lid 2 BW echter 'gerelativeerd' jegens ouder gerechtigden, waaronder ook schuldeisers met een voorrecht met betrekking tot de geleverde zaak worden verstaan.<sup>263</sup> Relatieve werking betekent dat de afspraak alleen in de relatie tot de wederpartij werkt; in zoverre heeft de leveringsafpraak alleen verbintenisrechtelijke werking. Men zou derhalve de levering c.p.

---

ten in het leven kunnen roepen.", met verwijzing naar PG 6, p. 942, geciteerd in § 2.2.

262 Wat de bezitsacties wordt genoemd, is geregeld in art. 3:125 BW. In dit wetsartikel ligt echter een grote verruiming ten opzichte van het oude BW besloten. Daarin waren de bezitsacties alleen aan de zakelijk gerechtigden tot onroerende zaken toegekend. In het nieuwe BW biedt art. 3:125 BW bescherming aan niet alleen elke goederenrechtelijk gerechtigde, maar ook aan houders van een zaak. Hierdoor zijn de 'bezitsactiemogelijkheden' minder dan voorheen te beschouwen als een typisch kenmerk van een zakelijk recht. Vgl. overigens de verruiming van de bezitsbescherming in Frankrijk in art. 2282 en 2283 Cc, ingevoegd bij wet van 9 juli 1975.

263 Tweede Nota van Wijziging bij art. 3.90, PG Inv. 3, p. 1236.

als een overgangsfiguur kunnen aanmerken, aangezien het geleverde recht op een zaak door de inbreuk op de derdenwerking van de leveringsafpraak een verbintenisrechtelijke dimensie kent. Anders dan bij de hierboven genoemde overgangsfiguren, die in essentie verbintenisrechtelijke figuren met goederenrechtelijke trekken waren, gaat het bij de levering c.p. om een goederenrechtelijke figuur met verbintenisrechtelijke trekken.

Een ander aspect van de *numerus clausus* is de *Typenfixierung*, het dwingende karakter van de bepalingen die de inhoud van een type goederenrechtelijk recht vastleggen. In § 2:2 is gebleken dat Meijers en de wetgever er uitdrukkelijk voor hebben gekozen om via de wet meer ruimte te bieden aan de partijautonomie dan voorheen. Of de *Typenfixierung* hiermee geringer is geworden dan in het Duitse recht is niet te zeggen, aangezien geen studie is gemaakt van de mate waarin het BGB en de Duitse rechtspraak toelaten dat door partijen bij de vestiging van een beperkte recht de inhoud ervan nader wordt afgebakend, al dan niet in afwijking van de desbetreffende wettelijke bepalingen.

### 365 Overdraagbaarheid

Bij de beschrijving van het Duitse recht is gebleken dat de bepaling in het BGB die het onmogelijk maakt dat zakelijke rechten onoverdraagbaar worden gemaakt, algemeen wordt aangemerkt als een element van de *numerus clausus* en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem. In het algemeen wordt in het BGB bepaald dat rechten niet door de betrokken partijen onoverdraagbaar gemaakt kunnen worden, maar een uitzondering geldt voor vorderingsrechten.<sup>264</sup> De regeling in het BW van 1992 is identiek. Art. 3:83 BW brengt mee dat alleen ten aanzien van vorderingsrechten door partijen - meer in het bijzonder door schuldeiser en schuldenaar - kan worden afgeweken van de wettelijke regels inzake overdraagbaarheid.

In het licht van de beschrijving van het Duitse recht springt hier een parallel met het Savigniaanse model in het oog, waarin het zakenrecht en het verbintenissenrecht ten opzichte van elkaar autonoom zijn en strikt gescheiden. Daarbij is de partijautonomie in het zakenrecht vrijwel nihil, terwijl de partijautonomie in het verbintenissenrecht vrijwel onbeperkt is.

---

<sup>264</sup> In § 137 BGB wordt voor elk *veräußerliches Recht* bepaald dat aan een onoverdraagbaarheidsbeding zakelijke werking toekomt, maar in § 399 is een bijzondere afwijkende bepaling voor vorderingsrechten opgenomen, zodat aan een onoverdraagbaarheidsbeding dat met de schuldenaar is overeengekomen wel absolute werking toekomt.

Van een unitaire benadering, waarin voor elk goed hetzelfde goederenrechtelijke regime geldt, is naar huidig BW dus geen sprake. Het BW wordt gekenmerkt door de Duitse dichotomie.

### *3.6.6 Causaal stelsel en andere doorwerkingen*

Gebleken is dat de zelfstandigheid van het zakenrecht een centraal element vormt van het systeem van het BGB in verband met de numerus clausus. De zelfstandigheid van het zakenrecht betekent dat in het zakenrecht zelf is bepaald wat de inhoud van de zakelijke rechten is en in welke gevallen sprake is van rechtsverkrijging of -verlies; hetgeen partijen met elkaar afspreken, bindt hen slechts in verbintenisrechtelijk opzicht en blijft zonder consequenties voor de zakenrechtelijke verhoudingen, tenzij in het zakenrechtelijk deel van de wet uitdrukkelijk rechtsgevolg wordt toegekend aan een bepaalde afspraak of handeling van partijen. Voor de analyse van de mate waarin het BW van 1992 elementen uit het Duitse rechtsdenken bevat, is het dus van belang te bezien in hoeverre het verbintenisrecht door middel van afspraken en bedingen tussen partijen doorwerkt in het domein van het goederenrecht.

De zelfstandigheid heeft in het BGB haar neerslag gekregen in een abstract stelsel van overdracht. Dit betekent niet dat voor een geldige overdracht geen titel behoeft te worden gevonden in een overeenkomst die tot overdracht verplicht, maar wel dat het wegvallen van de titel, bijvoorbeeld door vernietiging wegens een wilsgebrek, niet tot gevolg heeft dat de overdracht verdwijnt. Wat dit betreft bestaat er een groot verschil met de Nederlandse wet, dat een causaal stelsel van overdracht kent.<sup>265</sup> De nietigheid of vernietigbaarheid van de titel, maar ook de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde krachtens art. 3:84 lid 4 BW en van inroeping van een recht van reclame, zijn naar mijn mening te beschouwen als aspecten van het causale stelsel voor overdracht, vestiging en afstand van beperkte rechten in het Nederlandse goederenrecht.

Geconstateerd is dat het BGB een doublure kent door ten behoeve van de bescherming van het rechtsverkeer niet alleen te voorzien in een abstract stelsel van overdracht, maar ook in bepalingen die de verkrijger te goeder trouw beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de ver-

---

265 Uit HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 m.nt. DJV (Damhof/Staat) blijkt dat het Nederlandse recht een causaal stelsel kent. Aangenomen wordt dat het causale stelsel is neergelegd in art. 3:84 lid 1 BW, dat 'levering krachtens geldige titel' vereist voor overdracht. Op de keper beschouwd biedt de formulering ook ruimte voor het abstracte stelsel, waarin wegval van de titel niet leidt tot verval van het rechtsgevolg overdracht.

vreemder. In het BW van 1992 is het stelsel van derdenbescherming sterk uitgebouwd. Niet alleen is de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder uitgebreid met een bepaling die bescherming biedt bij de verkrijging van registergoederen, ook voorziet de wet in adequate registerbescherming. Al met al worden de consequenties van het causale stelsel sterk verzacht voor rechtsopvolgers onder bijzondere titel. Daarmee vertoont het stelsel van het Nederlandse vermogensrecht, ondanks het vereiste van een geldige titel voor overdracht, in resultaat grote gelijkenis met het Duitse recht.

De doorwerking van verbintenisrechtelijke rechten en plichten in het goederenrecht verdient nog nadere aandacht. De versoepeling van de Typenfixierung lijkt te betekenen dat er meer sprake is van doorwerking van het verbintennisrecht in het goederenrecht. De wet biedt immers meer ruimte om door middel van afwijkende afspraken de invloed van het daardoor te creëren beperkte rechten te beïnvloeden. Toch is strikt genomen van doorwerking geen sprake, aangezien dergelijke afwijkende bedingen moeten worden opgenomen in de vestigingsakte.<sup>266</sup> Daarmee behoren de afspraken tot het domein van het goederenrecht zelf; de zelfstandigheid van het goederenrecht ten opzichte van het verbintennisrecht is niet in het geding.

Een bepaling die bij het opstellen van het BW weinig discussie heeft opgeleverd, is te vinden in het al genoemde lid 4 van art. 3:84 BW. Hierin is bepaald dat wanneer een goed wordt geleverd ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis, slechts een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen. Afgezien van de wetstechnische en wetssystematische aspecten van deze bepaling en afgezien van de dogmatische vraag of de inhoud van het geleverde recht mede wordt bepaald door de voorwaarde in de verbintenis die tot levering verplicht, is duidelijk dat de wetgever een verregaande invloed op de rechten ten aanzien van geleverde goederen toekent aan verbintenisrechtelijke bedingen in de vorm van een voorwaarde. Een dergelijke invloed is moeilijk te verenigen met het Savigniaanse model, waarin verbintennisrecht en goederenrecht ten opzichte van elkaar autonoom zijn. Ver-

---

266 Zie bijvoorbeeld art. 3:214 BW ten aanzien van de bevoegdheid van de vruchtgebruiker tot belegging van gelden, art. 3:217 BW ten aanzien van de bevoegdheid tot verhuur van de aan vruchtgebruik onderworpen zaak, art. 5:70 lid 2 BW ten aanzien van de retributiebetalingsverplichting voor een erfdienstbaarheid en art. 5:73 BW ten aanzien van de inhoud en de wijze van uitoefening van een erfdienstbaarheid, art. 5:87 BW ten aanzien van de bevoegdheid tot opzegging van erfpacht door de erfpachter, en art. 5:102 BW ten aanzien van de bevoegdheden van de opstaller

moedelijk heeft de wetgever de betekenis en de consequenties van art. 3:84 lid 4 BW voor de *numerus clausus* en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem onvoldoende voorzien.<sup>267</sup> De ontbindende voorwaarde kan immers de stok achter de deur zijn die allerlei verbintenissenrechtelijke verplichtingen van de verkrijger sanctioneert. Zo bezien heeft de voorwaardelijke levering de potentie van een breekijzer voor de muren van het Nederlandse goederenrecht.<sup>268</sup>

Evenzeer opmerkelijk in het licht van het Savigniaanse systeem is de jurisprudentiële tendens tot uitleg van de rechten en de plichten in verband met een goederenrechtelijk recht op basis van bedoeling van partijen. Met name op het vlak van verpanding van vorderingen heeft de Hoge Raad in de afgelopen jaren verschillende arresten gewezen waarin de subjectieve bedoeling van partijen bepalend is, bijvoorbeeld voor de vraag of een faxcopie van een lijst vorderingen zonder nadere tekst kan worden aangemerkt als een pandakte.<sup>269</sup> Ook voor de vraag wat het object is van

---

267 Meijers zelf was zich terdege bewust van de betekenis van de ontbindende voorwaarde, zo blijkt uit zijn bespreking van een artikel van J. van Kuyk in Themis 1909/3, in WPNR 2104 (1910), p. 205-206 op p. 205. "Ik voor mij zie het nut der gansche vraag of er een quantitatief of een kwalitatief verschil tusschen het begrip eigendom en de overige zakelijke rechten bestaat, niet in. Dat de overige zakelijke rechten van den eigendom zijn afgeleid, zal niemand betwisten, maar dat er een principieel verschil is in de omschrijving der bevoegdheden van den eigendom eenzijdig en de omschrijving van de overige zakelijke rechten anderzijds, is onjuist. Ongetwijfeld zijn bij den eigendom de bevoegdheden negatief bepaald; positief zijn slechts de beperkingen, maar dit is evenzoo het geval bij rechten als opstal en erfpacht. Bij deze voegt de wet aan de beperkingen van het eigendomsrecht nog slechts eenige andere beperkingen toe. Het is dan ook mogelijk door de toevoeging van eenige ontbindende voorwaarden bij een eigendomsoverdracht de bevoegdheden van den nieuwen *eigenaar* geheel gelijk te maken aan die van een opstaller of erfpachter."

268 A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, diss. Leiden, 2003, p. 321, stelt dat art. 3:84 lid 4 BW noodzakelijk is voor de goederenrechtelijke werking van een voorwaarde: "Partijen kunnen niet door een enkel daartoe strekkend beding een recht beperken anders dan op een in de wet genoemde wijze, omdat ons recht een gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden kent en bovendien van de vrije overdraagbaarheid van goederenrechtelijke bevoegdheden uitgaat. Partijen kunnen daarom niet zonder hulp van art. 3:84 lid 4 BW op grond van een voorwaardelijke verbintenis een van-de-voorwaarde-afhankelijk-recht overdragen. Het recht zou dan ofwel niet, ofwel onbeperkt overgaan." Zie ook § 7.6.2 en § 8.2.3.

269 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 m.nt. WMK, JOR 2001/220, AAe 51 (2002) 10, p. 726-731 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Meijs q.q./Bank of Tokyo - Mitsubishi (Holland) NV), r.o. 3.4.6: "Een redelijke, op de praktijk afgestemde, uitleg van het bedoelde vereiste van een akte voor de levering onderscheidenlijk verpanding van vorderingen brengt mee dat voldoende is dat de verkrijger van de vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen begrijpen dat zij tot levering of tot vestiging van pandrecht was bedoeld." Kritisch hierover o.a. annotator

het gevestigde zakelijke zekerheidsrecht, blijkt de Hoge Raad ingeval van verpanding van vorderingsrechten aan te willen knopen bij de subjectieve bedoeling van partijen:

"Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is voor het overdragen of verpanden van vorderingen op naam vereist, maar ook voldoende, dat de desbetreffende akte zodanige gevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld, om welke vordering(en) het gaat ( ) het zo-even bedoelde vereiste van voldoende bepaalbaarheid ( )

Voor de bepaling van de inhoud van een akte van cessie is niet slechts van belang hetgeen uit de desbetreffende akte zelf blijkt, het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten <sup>270</sup>

In beide arresten speelt de subjectieve perceptie van de betrokken partijen buiten de akte om een rol bij beoordeling van de vestiging van een goederenrechtelijk recht of de vaststelling van de omvang ervan.<sup>271</sup> Dit komt neer op doorwerking van het verbintenissenrecht in het domein van het goederenrecht.

De Nederlandse jurisprudentie verschaft echter ook verschillende voorbeelden van de meer dichotome benadering van het vermogensrecht, waarin het goederenrecht los staat van het verbintenissenrecht. Het gaat dan om arresten waarin criteria voor uitleg zijn geformuleerd die aanknopen bij objectieve gegevens in plaats van de subjectieve bedoeling van

---

Kortmann, die van mening lijkt te zijn dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de verkrijger van het pandrecht niet bepalend mag zijn

270 HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183 (De Liser/Rabobank Den Haag), r.o. 4.3, genoemd in HR 4 maart 2005, NJ 2005, 326 (Thomassen Metaalbouw). Zie ook HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron, JOR 2002/210 (ING/Muller q.q.), r.o. 4.3, waar de Haviltex-maatstaf voor de uitleg van overeenkomsten bepalend wordt geacht voor de beantwoording van de vraag tot zekerheid van welke schulden een pandrecht werd gevestigd. "indien de verpanding bij akte heeft plaatsgevonden en de vordering in de akte niet nauwkeurig is omschreven, zal voor de bepaalbaarheid dan ook veelal te rade moeten worden gegaan bij de contractuele verhouding tussen pandgever en pandhouder. Daargelaten de eisen die (overigens) aan de inhoud van een pandakte moeten worden gesteld - vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 - is er geen reden om bij de uitleg van die verhouding wat dit betreft een andere maatstaf toe te passen dan de gebruikelijke." Annotator Du Perron wijst erop dat derden in beginsel bescherming kunnen ontleenen aan art. 3:36 BW.

271 Zo ook in het kader van de vraag of een zogenaamde bankhypotheek, die strekt tot zekerheid van al hetgeen de hypotheekhouder te vorderen heeft of ooit zal krijgen, op grond van accessoriteit bij overgang van een gecureerde vordering geheel of ten dele volgt. In het arrest HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGP en PHP) is het uitgangspunt van afhankelijkheid gehandhaafd, maar ondergeschikt gemaakt aan een eventueel anders luidend beding door de betrokken partijen.



partijen. Drie arresten verdienen vermelding, die overigens alle de uitleg van een notariële akte ten aanzien van een registergoed betreffen. Het eerste arrest betreft ook de bepaaldheid van het object bij de levering.<sup>272</sup> In een geschil over de vraag of de levering ook zag op een achter de geleverde woning gelegen pad oordeelde de Hoge Raad:

"Bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak"<sup>273</sup>

Bij de benadering in dit arrest is aansluiting gezocht in een later arrest dat de vraag betrof of een oude akte met betrekking tot een registergoed meebracht dat een erfdiensbaarheid van wegenis was gevestigd, dan wel slechts een persoonlijk recht. Geoordeeld werd dat de partijbedoeling moet worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.<sup>274</sup>

Het derde arrest betreft een beheersbeding als bedoeld in art. 3:267 BW, dat de hypotheekhouder de bevoegdheid geeft de verhypothekeerde zaak in zijn 'beheer' te nemen. De vraag rees of het begrip beheer ook de bevoegdheid tot sloop omvat. De Hoge Raad stelt de objectieve uitleg van deze wettelijke term centraal:

"Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat het hier niet gaat om de uitleg van een contractueel beding en de vraag welke gevolgen dat voor de contractspartijen heeft, maar om de vraag welke betekenis volgens de wet toekomt aan de op de voet van deze bepaling verleende bevoegdheid en de daartoe in de hypotheekakte op te nemen bedingen met goederenrechtelijke werking"<sup>275</sup>

---

272 Zie uitvoerig S E Bartels, Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald - Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel, *Vermogensrechtelijke annotaties (VrA)* 2004/2, p 4-23

273 HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 m nt WMK (Stichting Eelder Woningbouw), r o 3 3

274 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (Teijssen/Marcus), r o 3 4 Aan deze maatstaf is in het kader van uitleg van een akte van erfdiensbaarheid verwezen in HR 2 december 2005, AU2397 (WE Vastgoed), zie ook Rb Rotterdam 23 november 2005, NJF 2006, 186

275 HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 m nt S C J J Kortmann, JOR 2002/122 (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Bohll q q), r o 4 2 1 Vgl ook A-G Langemeijer, § 3 5 slot "Voor zover het bestreden arrest is gebaseerd op art 3 267 BW, gaat het om een bevoegdheid die gekoppeld is aan het zakelijk zekerheidsrecht Zekerheidsrechten als de onderhavige lenen zich niet gemakkelijk voor een relativering het gaat om een algemeen gestelde bevoegdheid die tegenover een ieder kan worden uitgeoef-

In de drie arresten wordt afstand genomen van de typisch verbintenisrechtelijke Haviltex-maatstaf voor de uitleg van contracten en worden uitlegcriteria gehanteerd die zijn ontwikkeld voor toepassing in een goederenrechtelijk kader.<sup>276</sup> Deze arresten passen in de autonome benadering van het goederenrecht, waarvan is gebleken dat deze zo kenmerkend is voor het model dat aan het vermogensrechtelijk systeem van het BGB ten grondslag heeft gelegen.

### 3.7 Het eigendomsbegrip

Het eigendomsbegrip vormt een kernelement van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht, zo is gebleken uit de historische beschrijving. Aangezien dit model ook ten grondslag blijkt te liggen aan het nieuwe BW, is het zinvol dit eigendomsbegrip verder uit te benen. Verschillende elementen van het eigendomsbegrip spelen in het vervolg van deze studie nog een rol.

Eerst wordt in § 3.7.1 de wettelijke omschrijving van het eigendomsrecht in art. 5:1 BW geanalyseerd. Vervolgens wordt in § 3.7.2 het pandekistische eigendomsbegrip uitgerafeld in zes kenmerken, die ten dele al de revue zijn gepasseerd. In deze paragraaf wordt een volledig overzicht van de kenmerken en hun wetssystematische inbedding in het Nederlandse goederenrecht gegeven. Vervolgens worden de lijnen in § 3.7.3 doorgetrokken naar de andere goederenrechtelijke rechten.

#### 3.7.1 De wettelijke begripsomschrijving van het eigendomsrecht

Eigendom wordt in art. 5:1 lid 1 BW gedefinieerd als 'het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben'. De drie aspecten van elk goederenrechtelijk recht zijn hierin terug te vinden: het subject, het object, en de rechtsrelatie daartussen. Het subject wordt aangeduid als 'een persoon' en omvat dus krachtens art. 2:5 BW mede de rechtspersoon.

---

fend. Voor zover de beslissing van het hof berust op de gedachte dat (buiten het geval van misbruik van recht) de omvang van de bevoegdheid van de Banken mede aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid worden bepaald, botsen de eisen van redelijkheid en billijkheid met de eis van rechtszekerheid in het goederenrecht." Annotator Kortmann meent dat de bedoeling van partijen voor de uitleg van het beding enige betekenis kan hebben. Een precisering van de bevoegdheid door partijen zou dan wel binnen de grenzen van art. 3:267 BW moeten blijven en bovendien voor derden kenbaar moeten zijn uit de in het hypotheekregister ingeschreven hypotheekakte.

276 Of het bij deze uitlegcriteria gaat om de CAO-maatstaf, dan wel de 'genuanceerde of geobjectiveerde vorm van Havilex', waarover HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. Du Perron (Fox), is niet duidelijk.

Het object van dit type volledige recht zijn zaken in de zin van art. 3:2 BW: 'de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten'. Krachtens art. 3:4 lid 1 BW is 'al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt' bestanddeel van die zaak.<sup>277</sup> Tot een zaak behoren krachtens art. 3:9 BW ook de nog niet afgescheiden natuurlijke vruchten. Voor sommige, nader benoemde typen zaken gelden specifieke regels over hetgeen bestanddeel is van die zaken, zoals art. 5:20 BW ten aanzien van grond en art. 8:3a lid 2 BW ten aanzien van luchtvaartuigen.

De trait d'union tussen subject en object is het subjectieve recht, hier het eigendomsrecht als het volledige recht op een zaak.<sup>278</sup> In lid 2 van art. 5:1 BW geeft de wet een nadere invulling aan de inhoud van dit meest omvattende recht:

"Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen."

Deze bepaling verwoordt de exclusiviteit van het recht van de eigenaar. Art. 5:1 BW vormt het wettelijk kader van het eigendomsbegrip dat ten grondslag ligt aan het BW van 1992.

In de omschrijving die van oudsher van het eigendomsrecht wordt gegeven, worden de bevoegdheden van de eigenaar in drie categorieën ingedeeld: *usus*, *fructus* en *abusus*.<sup>279</sup> Het genot van de vruchten van de eigendom (*fructus*) is te vinden in lid 3 van art. 5:1 BW. De bevoegdheid tot gebruik van de zaak (*usus*) vormt de kern van de beschrijving in lid 2.<sup>280</sup> De gebruiksbevoegdheid wordt echter minder sterk aangezet dan in de beschrijving van het eigendomsrecht in het oude BW: 'eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken'.<sup>281</sup> De bevoegdheid om gebruik te maken

---

277 Zie nader § 6.9.2.

278 In het ontwerp van Meijers voor art. 5:1 BW werd het eigendomsrecht nog aange-merkt als het 'meest volledige' recht, maar deze term is later vervangen door 'meest omvattend', juist om het verband met art. 3:8 BW te versterken, aldus MvA II bij art. 5:1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 26.

279 Naast de drie genoemde 'statische' eigenaarsbevoegdheden staat de 'dynamische' bevoegdheid tot revindicatie, die is opgenomen in art. 5:2 BW.

280 De bevoegdheid tot gebruik van grond is nader uitgewerkt in art. 5:21 BW.

281 Art. 625 Oud BW: 'Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige magt, die daartoe, volgende de Grondwet, de bevoegdheid heeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrengt; alles behoudens de ont-eigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling, ingevolge de

van de zaak op een wijze die leidt tot het tenietgaan ervan (abusus), lag hierin besloten.<sup>282</sup> In de nieuwe wettelijke omschrijving van het eigendomsrecht is deze bevoegdheid tot *verbruik* van de zaak waarop het eigendomsrecht rust, niet expliciet vermeld, en evenmin is de toevoeging van 'de volstrektste wijze' uit de oude wet gehandhaafd. Bovendien ontbreekt in de omschrijving van het eigendomsrecht in het BW uit 1992 het element 'beschikken'; de mogelijkheid om over eigendom te beschikken in juridische zin is af te leiden uit art. 3:83 lid 1 BW, dat de overdraagbaarheid van eigendom voorop stelt.<sup>283</sup> De bevoegdheid tot deze juridische vorm van beschikken heeft echter minder met de inhoud van het eigendomsrecht te maken dan met het gerechtigd zijn tot enig goed.

De bescheidener formulering van de wettelijke omschrijving van het eigendomsrecht is langs verschillende wegen terug te voeren op de wens van de wetgever in de jaren '70 en '80 om rekening te houden met 'de moderne opvattingen omtrent eigendom'. De keuze voor de formulering 'meest omvattende recht' in plaats van 'meest volledig' werd mede ingegeven door de wens om de "gevreesde indruk van een absoluutheid van het recht van de eigenaar" weg te nemen.<sup>284</sup>

---

Grondwet 'Vgl. art. 544 Code civil 'La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements' Zie over de deze artikelen en hun onderlinge verschillen G C J J van den Bergh, Schijnbewegingen (1983), p. 328-330, en Eigendom, 1<sup>e</sup> druk 1979, p. 45. Op p. 51-55 stelt Van den Bergh dat het gedachtegoed van de Franse revolutie ten onrechte als voedingsbodem voor de verabsolutering van de eigendom wordt aangemerkt, de Franse revolutionairen verzetten zich niet tegen veelsoortige beperkingen van het recht van de eigenaar, maar tegen onteigening door de koning zonder schadevergoeding. Abusief bijv. Tweede Kamerlid Zeelenberg op 2 juni 1953, PG Algemeen Deel, p. 41.

282 Waarschijnlijk ten onrechte is de bevoegdheid tot abusus vaak verstaan als de bevoegdheid om misbruik van eigendom te maken. Van den Bergh, Eigendom, 1<sup>e</sup> druk 1979, p. 24-25, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 46, heeft duidelijk gemaakt, ten eerste dat het *ius utendi et abutendi* geen Romeinsrechtelijke origine heeft maar afkomstig is van de zestiende eeuwse jurist François Hotman - later overgenomen door Pothier -, en ten tweede dat met abusus waarschijnlijk slechts 'verbruik' is bedoeld. Zie uitvoerig A F Salomons, De genade en ongenade van de eigenaar - Omvat het eigendomsrecht de bevoegdheid om eigen kunstschaten te vernietigen?, oratie UvA, 2001.

283 Ook de begripsomschrijving van een 'vermogensrecht' in art. 3:6 BW noemt overdraagbaarheid, maar slechts als een van de alternatieve criteria voor de toets of van een vermogensrecht sprake is. Implicite en indirect is overdraagbaarheid ook af te leiden uit art. 3:81 lid 1 BW.

284 MvA II bij art. 5:1 lid 1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 27. Zie ook het MO (d.d. 9 september 1976), PG 5, p. 29-30. "De commissie wenst hier voorop te stellen dat blijkens rechtspraak en literatuur het 'absolute' karakter waarmee vroeger de eigendom geacht werd behept te zijn - vergelijk de uitdrukkingen 'vrij genot' en - op de volstrektste wijze 'beschikken' van artikel 625 Burgerlijk Wetboek - in zoverre heeft afgedaan dat de eigenaar zich niet meer asociaal mag gedragen en bij de uit-

### 3.7.2 De kenmerken van het eigendomsbegrip

De wettelijke omschrijving van het eigendomsrecht in art. 5:1 BW geeft slechts een beperkt inzicht in het juridische eigendomsbegrip in het nu geldende goederenrecht.<sup>285</sup> De wettelijke definitie dient te worden verstaan in verband met de invulling die in de doctrine en in de jurisprudentie in de loop der tijden aan het eigendomsrecht is gegeven.<sup>286</sup> Van den Bergh heeft duidelijk gemaakt dat de dogmatisch-historische herkomst van het huidige eigendomsbegrip is gelegen in de negentiende eeuwse pandektistische uitleg van de middeleeuwse begripsbepaling.<sup>287</sup>

Het pandektistische eigendomsbegrip geeft betekenis aan het schijnbaar inhoudsloze eerste lid van art. 5:1 BW: 'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.'<sup>288</sup> Volgens Van den Bergh ligt hierin besloten:

"dat de eigendom de totaliteit van alle zakelijke rechten omvat, dat de eigenaar uiteindelijk de enige is die het lot van de zaak bepaalt, dat hij in beginsel alle bevoegdheden heeft die met betrekking tot de zaak denkbaar zijn en dat geen van die bevoegdheden een bijzondere rechtvaardiging behoeft."<sup>289</sup>

---

oefening van zijn eigendomsrecht met de belangen van anderen waaronder ook het belang van de maatschappij als geheel, rekening heeft te houden. In dit licht bezien rijst de vraag of het onderhavige artikel niet toch nog te absoluut is geformuleerd." Zie eerder ook het Rapport aan de Koningin ten aanzien van art. 5:1 (d.d. 10 januari 1957), PG 5, p. 22

285 Lid 1 van art. 5:1 BW is inhoudsloos genoemd, niet alleen door G. de Grooth, preadvies BCN 1955, p. 139, maar ook door de Raad van State, PG 5, p. 21: "Het is een verklaring zonder wezenlijke inhoud."

286 Zie nader over de uiteenlopende betekenissen waarin de term 'eigendom' in het maatschappelijke verkeer wordt gebruikt: W. Snijders, De toekomst van de eigendom, in: In het nu, wat worden zal (Schoordijkbundel), 1991, p. 249-251.

287 De middeleeuwse begripsbepaling is afkomstig van Bartolus de Saxoferrato (± 1313-1357). Zie Van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 34 ("Dit eigendomsbegrip krijgt zijn definitieve juridische vorm na 1850."), p. 44 en p. 66, Schijnbewegingen, a.w., p. 328.

288 Zie voor een kritische analyse van hetgeen in het kader van de totstandkoming van het nieuwe BW door de wetgever ten aanzien van het eigendomsbegrip is opgemerkt, Van den Bergh, Schijnbewegingen - Hercodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief, Recht en Kritiek 13 (1987) 4, p. 327-341, eerder gepubliceerd in Liber Amicorum John Gillissen, Antwerpen, 1983. Zie vooral p. 331, waar hij ten aanzien van lid 1 van art. 5:1 stelt: het is "typisch Meijersiaans"; het "weerspiegelt duidelijk de invloed van de Duitse Pandectenwetenschap op Meijers en daardoor op ons nieuwe BW", met vervolgens vermelding van Savigny en Windscheid.

289 Van den Bergh, Schijnbewegingen, a.w., op p. 331, met verwijzing naar B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 7<sup>e</sup> druk 1891, p. 492.

De hierbij horende trefwoorden zijn absoluutheid, totaliteit en abstractheid.<sup>290</sup> Het eigendomsbegrip in het geldende recht wordt verder gekarakteriseerd als oneindig, uniform en individualistisch. Deze termen hebben geen vaste betekenis; in de parlementaire geschiedenis en in de literatuur worden ze regelmatig door elkaar gebruikt. De zes eigenschappen van het eigendomsbegrip worden in deze paragraaf ieder nader belicht.

### 3.7.2.1 Absoluutheid

Het eigendomsrecht is absoluut in de zin dat het de eigenaar bevoegdheden verleent ten aanzien van een zaak jegens eenieder. De absoluutheid schept exclusiviteit: de eigenaar heeft het recht om anderen te weren en derden hebben zich van een inbreuk op het eigendomsrecht te onthouden.<sup>291</sup> Deze exclusiviteit is neergelegd in het eerste zinsdeel van lid 2 van de wettelijke begripsomschrijving van het eigendomsrecht in art. 5:1 BW; in het vervolg van lid 2 wordt de verabsolutering van het eigendomsrecht gematigd door beperkingen op het exclusieve recht van de eigenaar een wettelijke grondslag te geven.<sup>292</sup>

De eigenaarsbevoegdheden die worden weergegeven met de trits *usus-fructus-abusus* vloeien alle voort uit de absoluutheid. De absoluutheid van het eigendomsrecht strekt verder dan een exclusief gebruiksrecht. Het schept ook de exclusieve bevoegdheid om over een zaak feitelijk en juridisch te beschikken.<sup>293</sup> Van den Bergh legt uitdrukkelijk dit ver

290 Van den Bergh, *Schijnbewegingen*, a w , p 338. "De eigendom blijft dogmatisch gekenmerkt door totaliteit (er is maar een eigendom, eigendom is het volste recht), abstractheid (de eigenaarsbevoegdheden zijn onbepaald, behoeven geen bijzondere legitimatie en zijn niet aan maatschappelijke doelen gerelateerd) en absoluutheid (de eigenaar kan ieder ander van inwerking op het goed uitsluiten) ", zie ook dezelfde in *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p 34

291 Zie o a W Snijders, *De toekomst van de eigendom*, in *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, p. 251, H.J. Snijders, *Goederenrecht*, 2001, nr 65-68, Van den Bergh, *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 34, met verwijzing naar W. Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft der Abstrakte Eigentumsbegriff*, 1976, p 118-155

292 Zie over lid 2 ook § 9 2 1 1 Zie over de ontstaansgeschiedenis van de tekst van art 5 1 lid 2 BW nader R S Meijer, *Het eerste van vijf, de exclusiviteit van eigendom*, in *Liber Amicorum NBW (De Die-bundel)*, 1991, p 73-78, zie over de betekenis nader A F. Salomons, *Exclusiviteit van de eigendom hoeveel solidariteit kan van een eigenaar verwacht worden?*, in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 2003, p 241-259

293 De bevoegdheid tot 'beschikken' is terug te voeren op het element 'perfecte disponere' uit de begripsomschrijving van Bartolus Dit element dient waarschijnlijk oorspronkelijk ruim opgevat te worden, in ruimere zin dan alleen vervreemden of bezwaren met een beperkt recht, dus mede omvattende 'verbruik' Zie Van den Bergh, *Schijnbewegingen*, a w , p 329, en *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p 45 Zie ook

band tussen enerzijds absoluutheid en exclusiviteit en anderzijds de bevoegdheid tot vervreemding:

"Hoezeer ook beperkt, eigendom blijft het volledigste recht, ook in die zin dat, zolang men over eigendom spreekt, de eigenaar en geen ander uiteindelijk bepalend is voor het lot van de zaak in al haar betrekkingen (vandaar dat vervreemding - als lotsbepaling - wel degelijk deel uitmaakt van de inhoud van het eigendomsrecht)"<sup>294</sup>

Indien de bevoegdheid om zaken te vervreemden of te bezwaren met beperkte rechten, behoort tot de essentie van het eigendomsrecht, is het opmerkelijk dat de wettelijke omschrijving van het eigendomsbegrip in art. 5:1 en 2 BW hierover zwijgt. De wetgever blijkt zich bewust te zijn geweest van het wezenlijke karakter van dit element, maar heeft op andere gronden gemeend in het Gewijzigd Ontwerp een pleidooi tot schrapping te moeten volgen.<sup>295</sup> De regeling van de overdraagbaarheid van eigendom in art. 3:83 lid 1 BW vult de lacune in de wet nauwelijks. Beschikkingsbevoegdheid is een kwaliteit van de rechthebbende, terwijl overdraagbaarheid een kwaliteit is van het object in verband met het recht daarop.<sup>296</sup>

Het absolute karakter van het recht van de eigenaar op zijn zaak heeft twee goederenrechtelijke consequenties. Ten eerste volgt het eigendomsrecht de zaak waarop het rust, onder wie de zaak zich ook bevindt; men spreekt ook wel van het volgrecht, zaaksgevolg of het droit de suite. Het droit de suite van het eigendomsrecht komt mede in art. 5:2 BW tot uitdrukking in de bevoegdheid tot revindicatie. De revindicatiebevoegdheid kan als een uitvloeisel van het exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar

---

E J H Schrage, *Ius in re corporali perfecte disponendi* Property from Bartolus to the New Dutch Civil Code of 1992, in *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, op p. 45.

294 Van den Bergh, *Schijnbewegingen*, a w , p 340

295 Aldus VV II bij art. 5 1, PG 5, p 25 "de materie van het beschikken behoort naar het gevoelen der commissie tot het domein van het derde boek Voorzover men in dit tweede lid aan het eigendomsrecht wettelijk enige gestalte wenst te geven, is het element der beschikking trouwens evenmin op zijn plaats De overdraagbaarheid is geen facet, dat betrokken is bij de bepaling van de inhoud van enig recht " Een artikel van J C. van Oven, Wat zal het nieuwe wetboek brengen in de plaats van art 625 BW?, NJB 1958, p 1, heeft in de beraadslagingen een grote rol gespeeld

296 Aldus S.C J J Kortmann, *Verbonden aandelen als blokkeringsregeling*, De NV 1991, p 281-284 op p 282, onder 4 Het onderscheid is ook te vinden in MvT bij art 4 45 lid 2 (d d 17 oktober 1981), w o 17141, nr 3, p 40 "Ten slotte vormen overdraagbaarheid van goederen en de bevoegdheid om daarover te beschikken een materie die door Boek 3 wordt bestreken, men zie met name de artikelen 3 4 1 2 lid 1, 3 4 2 1 en 3 4 2 2 lid 1 "

worden gezien <sup>297</sup> Ten tweede heeft de eigenaar de positie van separatist; hij kan zijn eigendomsrecht ook tegenwerpen aan de curator in het faillissement van degene bij wie zich de zaak bevindt. <sup>298</sup> Zaaksgevolg en separatisme zijn m.i. geen afzonderlijke kenmerken van het eigendomsrecht die naast de absoluutheid kunnen worden geplaatst; ze vormen daarvan ieder slechts een aspect.

### 3.7.2.2 Totaliteit

De totaliteitsgedachte plaatst het eigendomsrecht aan de top van de pyramide van goederenrechtelijke rechten, omdat het al deze rechten omvat. Vooral dit aspect van het eigendomsbegrip is ontwikkeld en sterk benadrukt door de Duitse pandektisten van de 19<sup>e</sup> eeuw; de totaliteit van het eigendomsbegrip kwam voort uit hun analyse van het eigendomsrecht als de totale wilsheerschappij over een lichamelijke zaak. <sup>299</sup> Van den Bergh geeft de essentie van de totaliteitsgedachte aldus weer:

"Eigendom is niet te definiëren door de opsomming van een verzameling bevoegdheden, die hetzij krachtens de wet, hetzij krachtens de natuur van het eigendomsrecht aan de eigenaar toekomen. Het geheel is het prius. Van dat geheel kunnen wel bevoegdheden worden afgesplitst (beperkte zakelijke rechten, verbintenissen) of weggenomen (eigendomsbeperkingen), maar binnen dat geheel bestaan die bevoegdheden niet als afzonderlijke elementen. Wat er ook 'afgaat', eigendom blijft

<sup>297</sup> Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 269 sub 2, maakt onderscheid tussen absoluutheid in statische zin en absoluutheid in dynamische zin en koppelt daarmee het droit de suite aan absoluutheid. "Daarnaast legt het recht op ieder ander de verplichting om zich te onthouden van daden, die op het voorwerp van het recht inwerken of die de rechthebbende in zijn genot storen. Deze verplichting is bij het normale type van een zakelijk recht absoluut zowel in statische als in dynamische zin, in statische zin is de verplichting absoluut, wanneer op een gegeven ogenblik deze verplichting op ieder rust. In dynamische zin is zij absoluut, wanneer de verplichting voor een ieder blijft bestaan, onverschillig de wijzigingen die in de persoon van de eigenaar of de bezitter van de zaak intreden. Het is iegeljk verboden om een erfpachter in zijn genot der zaak te storen (statische beschouwing), deze verplichting blijft bestaan ook al komt de zaak in handen van andere bezitters of al vindt een wisseling in het eigendomsrecht plaats (dynamische beschouwing, zogenaamd droit de suite)", zie ook p. 272 en 273. Het onderscheid van Meijers ten aanzien van absoluutheid maakt deel uit van zijn normaaltype-benadering van het begrip zakelijk recht. Vgl. Rank-Berenschot, diss., § 4.4.1 en 7.2, p. 128.

<sup>298</sup> Zie o.a. Meijers, *Algemene begrippen*, p. 269, sub 3.

<sup>299</sup> Zie Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft der Abstrakte Eigentumsbegriff*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band III, 1976, op p. 139 e.v. Zie van de vele citaten hierin m.n. Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841): 'Das Eigenthum ist eine totale Herrschaft über die Sache'.



het enige subjectieve recht dat in beginsel de totaliteit van alle bestaande en bestaansbare rechten op een zaak omvat.<sup>300</sup>

De totaliteitsgedachte heeft de beschrijving van het eigendomsrecht aanzienlijk vergemakkelijkt.<sup>301</sup> Het maakt het namelijk overbodig om de eigenaarsbevoegdheden alle precies te specificeren, aangezien zij alle van het eigendomsrecht deel uitmaken. Het eigendomsrecht is tenminste de optelsom van alle bevoegdheden die in de vorm van goederenrechtelijke rechten kunnen worden gegoten.<sup>302</sup> Alle typen van goederenrechtelijke rechten kunnen tot het eigendomsrecht worden herleid, omdat dit 'moederrecht' het totaal aan goederenrechtelijke rechten omvat.<sup>303</sup>

Het spiegelbeeld van de herleiding tot het alomvattende eigendomsrecht is de afsplitsing van de beperkte rechten. In de wettelijke omschrijving van het beperkte goederenrechtelijke recht in art. 3:8 BW is het afsplitsingsmodel neergelegd. Dit model vertoont een logische samenhang met het totaliteitsmodel van het eigendomsrecht, omdat daarin de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde steeds zijn afgeleid uit het eigendomsrecht.<sup>304</sup>

300 Van den Bergh, *Schijnbewegingen*, o.c., p. 340; zie ook: *Eigendom*, o.c., 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 34.

301 Rapport aan de Koningin (d.d. 10 januari 1957), PG 5, p. 21: "Het geven van een definitie zou zeer moeilijk zijn in verband met de - in principe - onbeperkte van dat recht". Zie ook *Handelingen II*, Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6 (De Gaay Fortman), PG 3, p. 7 bovenaan.

302 Vgl. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht II*, Leipzig 1905, § 120 VI, die het eigendomsrecht omschrijft als 'von der Summe der in ihm enthaltenen Befugnisse verschiedenes und daher überall gleiches Recht'; hierin onderscheidt Gierke het eigendomsrecht van de som van alle bevoegdheden. Zie ook Johannes M. Sontis, *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, p. 987, die vermeldt dat de Summen-theorie in Duitsland is opgegeven, maar nog wel opgeld doet in de Franse doctrine.

303 Vgl. Tweede Kamerlid De Gaay Fortman (PPR), Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6, *Handelingen II* (d.d. 20 april 1977), PG 3, p. 6-7: "In het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt gesproken van 'het meest omvattende recht'; van een poging tot definitie wordt afgezien. (...) Zo'n definitie zou dit rechtsinstituut op eigen kenmerken moeten onderscheiden van andere absolute vermogensrechten. Het feit alleen al dat dit thans niet eens wordt getracht, is van betekenis. De beperkte rechten worden niet afgeleid van een eerst gedefinieerd eigendomsrecht, maar de eigendom omvat in principe die beperktere rechten."

304 Vgl. Kisch, diss., § 40, p. 37: "de zakelijke rechten, met uitzondering van den eigendom, betreffen niet het geheel der mogelijkheden die een zaak voor den gerechtigde bieden kan, maar slechts een gedeelte. In dien zin wordt gesproken van de ontleding van den eigendom, het 'démembrement de la propriété'. Vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, pand zijn dan de 'membres disiecta' van de zaak, brokstukken uit de totaliteit harer mogelijkheden." Het afsplitsingsmodel wordt nader beschreven in § 6.2.

De pandektistische totaliteitsgedachte verschilt in theoretisch opzicht sterk van het Anglo-Amerikaanse concept van eigendom.<sup>305</sup> De term *ownership* heeft een bredere betekenis dan het eigendomsrecht omdat het ook gebruikt wordt om de positie te beschrijven van sommige anderen dan de juridische eigenaar in continentale zin. Conceptueel wordt *ownership* in de vooral de Amerikaanse doctrine beschouwd als een *bundle of rights*, een veelomvattend samenstel aan bevoegdheden.<sup>306</sup> Het verschil met het pandektistische eigendomsbegrip zit vermoedelijk slechts in de pretentie dat het eigendomsrecht meer omvat dan alle denkbare bevoegdheden bij elkaar. Dit onbenoembare meerdere plaatst het eigendomsrecht op een hoger niveau, zodat het niet langer concurreert met andere, beperkte goederenrechtelijke rechten.

Meijers zag overigens niets in een vorm van verhevenheid van het eigendomsrecht boven de beperkte rechten. Hij schreef in 1910 in een bespreking van een artikel daarover:

"Ik voor mij zie het nut der gansche vraag of er een quantitatief of een kwalitatief verschil tusschen het begrip eigendom en de overige zakelijke rechten bestaat, niet in Dat de overige zakelijke rechten van den eigendom zijn afgeleid, zal niemand betwisten, maar dat er een principieel verschil is in de omschrijving der bevoegdheden van den eigendom eenerzijds en de omschrijving van de overige zakelijke rechten anderzijds, is onjuist. Ongetwijfeld zijn bij den eigendom de bevoegdheden negatief bepaald, positief zijn slechts de beperkingen, maar dit is evenzoo het geval bij rechten als opstal en erfpacht. Bij deze voegt de wet aan de beperkingen van het eigendomsrecht nog slechts eenige andere beperkingen toe."<sup>307</sup>

### 3.7.2.3 Abstractheid

De abstractheid van het eigendomsbegrip hangt samen met de totaliteitsgedachte: het eigendomsrecht is abstract in de zin dat de eigenaarsbe-

305 Zie § 45 en verder o.a. Van den Bergh, *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 35, Zwavel, *Common Law & Civil Law*, 2000, p. 100 e.v., Uniken Venema, *Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht* (bespreking preadviezen Dyer en Van Loon (NVIR), WPNR 5727-5729 (1985), in 5727, p. 90-96, nrs. 14-20, en in 5728, p. 113-115, nrs. 21-25.

306 Van den Bergh, *Eigendom*, 1988, p. 80. Zie uitvoerig J.E. Penner, *The "Bundle Of Rights" Picture Of Property*, (1996) 43 UCLA L. Rev., p. 711-820 (ook weergegeven in *The Idea of Property Law*, Oxford, 1997, h. 4-6), die op p. 712, noot 3, de herkomst van dit beeld zoekt in het baanbrekende artikel van Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, uit 1917.

307 Meijers, bespreking van een artikel van J. van Kuyk in *Themis* 1909/3, in WPNR 2104 (1910), p. 205.

voegdheden algemeen en onbepaald zijn.<sup>308</sup> Er behoeft geen lijst van gespecificeerde bevoegdheden te worden opgemaakt, omdat het eigendomsrecht door zijn abstractie deze afbakening ontstijgt.<sup>309</sup> De abstractheid brengt eveneens mee dat van een eigendomsrecht nog steeds kan worden gesproken, ook wanneer alle denkbare eigenaarsbevoegdheden op één na in de vorm van rechten aan derden zijn overgedragen, en het eigendomsrecht feitelijk inhoudsloos is geworden.<sup>310</sup> De abstractie maakt de leegheid van deze zogenaamde 'bloot-eigendom' conceptueel verdraaglijk. De abstractie geeft een mate van elasticiteit aan het eigendomsbegrip; het begrip is zo rekbaar dat het van toepassing blijft wanneer de eigendomsbevoegdheden in meer of mindere mate aan andere, beperkt gerechtigden toekomen.<sup>311</sup>

- 
- 308 Dit kenmerk van het eigendomsbegrip wordt door W. Snijders niet 'abstractheid' maar 'onbepaaldheid' genoemd, naast de kenmerken uniformiteit en totaliteit. Onder onbepaaldheid verstaat hij het kenmerk dat enerzijds de bevoegdheden van de eigenaar niet uitputtend kunnen worden opgesomd en anderzijds het eigendomsrecht niet zijn karakter verliest wanneer eigendomsbeperkingen meebrengen dat bevoegdheden verloren gaan, onder uniformiteit het kenmerk dat niet gedifferentieerd wordt naar soorten van eigendom naar gelang van het object van het recht, en onder totaliteit het kenmerk dat de eigendom zijn volle omvang herneemt als bijvoorbeeld een beperkt recht waarmee het bezwaard is, eindigt. Zie W. Snijders, *De toekomst van de eigendom*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, p. 252, noot 10, en 257. Van onbepaaldheid spreekt ook L. C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1933, p. 99, met verwijzing naar De Varennes-Sommier, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTDCiv. 1905, p. 443.
- 309 Van den Bergh, *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, citeert naast Savigny ook in nr. 13 de pandektist Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841): "Das Eigenthum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigenthum und zwar ausschliesslich enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Ungeschicklichkeit ist es, den Begriff des Eigenthums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, insofern das Eigenthum überhaupt oder in einem besonderen Fall Beschränkungen unterliegt." Zie ook de Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III, 1888, p. 262.
- 310 Van den Bergh, p. 67. De eigenaar heeft nog wel de bevoegdheid om over zijn uitgekleepte recht te beschikken, maar in de meeste gevallen zal deze beschikkingsbevoegdheid van weinig waarde zijn. Vgl. ook Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, 1871, p. 202, met verwijzing in voetnoten naar Stahl, Paulus, Savigny, Goudsmit en Alfenus, zie ook p. 476 en noot 1 op p. 494.
- 311 Elasticiteit in deze zin wordt uit Gierkes beschrijving van de abstractie van het eigendomsbegrip afgeleid door Wiegand, a.w., 1976, op p. 146: "Diese Abstraktheit sieht man darin, daß das Eigentum ein 'von der Summe der in ihm enthaltene Befugnisse verschiedenes und daher überall gleiches Recht' ist. Folge dieser Abstrahierung ist die 'Elastizität' des Begriffes Eigentum bleibt auch dann Eigentum, wenn noch so viele dieser Befugnisse herausgelöst und an Dritte übertragen werden."

Met de abstractheid van het eigendomsrecht wordt verder ook bedoeld dat de eigenaarsbevoegdheden geen bijzondere legitimatie behoeven, en niet zijn gerelateerd aan specifieke maatschappelijke doelen, zoals woon- genot, levensonderhoud of economische productie.<sup>312</sup> De bescherming van het eigendomsrecht is derhalve in beginsel niet afhankelijk van zijn doel. De abstractie van het eigendomsbegrip in deze zin vertoont overlap met een ander kenmerk van het eigendomsbegrip, namelijk uniformiteit.

### 3724 Oneindigheid

Eigendom is in het systeem van de wet onbeperkt in de tijd.<sup>313</sup> In beginsel blijft het eigendomsrecht bestaan, zolang de zaak blijft bestaan. De enige uitzondering hierop zijn de originele wijzen van rechtsverkrijging waarbij de nieuwe rechthebbende een nieuw recht verkrijgt op dezelfde zaak, deze wijzen zijn verjaring, inbezitting, onteigening en ruilverkaveling, en vindenschap en schatvinding. Bij de andere wijzen van originele rechtsverkrijging - natrekking, zaaksvorming, en eigenlijke vermenging - is het verdwijnen of tenietgaan van de zaak zelf in fysieke zin de oorzaak voor het tenietgaan van het goederenrechtelijke recht dat daarop rustte. Uiteraard geldt niet alleen voor het eigendomsrecht, maar voor alle goederenrechtelijke rechten dat zij teniet gaan zodra het goed waarop zij rusten tenietgaat, voor beperkte rechten is deze wijze van tenietgaan uitdrukkelijk in de wet vermeld in art. 3:81 lid 2 sub a BW.<sup>314</sup> Ook bij overgang van het eigendomsrecht krachtens algemene of bijzondere titel komt het niet tot een einde, aangezien alleen het rechtssubject wisselt.<sup>315</sup> Alleen indien het subjectieve recht een rechtssubject volledig komt te ontberen,

312 Van den Bergh, *Schijnbewegingen*, a.w., p. 333, en in *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 34-35. Zie ook Wiegand, a.w., 1976, p. 146-147.

313 Zie vooral W.J. Zwalm, *Simplex et perpetuum - Beschouwingen over eigendom en tijd*, 2006, en verder o.a. W.J. Slagter, *Juridische en economische eigendom*, 1968, p. 20-21, met verwijzing naar A. Pitlo, *Het systeem*, 2<sup>e</sup> druk 1964, p. 303-304. Verder Suijling, *Zakenrecht*, 1940, nrs. 86 en 248-249, Asser-Mijnsen 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 20, Snijders en Rank-Berenschot, 2001, nrs. 169 en 434, Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 128, W.J. Zwalm, *Temporary and Conditional Ownership*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, p. 333-343.

314 De rechtsverkrijging door degene die wordt beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder is inderdaad derivatief, de verkrijger krijgt wat de werkelijke rechthebbende had.

315 Vgl. Meijers, *Algemene begrippen*, 1947, eerste afdeling, hoofdstuk III, m.n. p. 121. Erfopvolging en levering van goederen behoren ongetwijfeld tot die veranderingen, welke geen nieuwe rechten of rechtsbetrekkingen scheppen, maar de oude met een nieuw rechtssubject laten voortbestaan.

kan van een subjectief recht geen sprake meer zijn en komt het eigendomsrecht ten einde.<sup>316</sup>

In zijn temporele oneindigheid verschilt het eigendomsrecht principieel van de beperkte goederenrechtelijke rechten.<sup>317</sup> De duur van de alle beperkte goederenrechtelijke rechten kan door de partijen bij de vestiging ervan in de tijd worden beperkt. Voor het recht van vruchtgebruik geldt bovendien krachtens dwingend wettelijk voorschrift een duurbeperking.

De oneindigheid van het eigendomsrecht blijkt in het Nederlandse recht mede uit art. 3:85 BW, dat de overdracht onder een tijdsbepaling regelt. Een overdracht van een goed voor een beperkte tijd wordt in lid 1 geconverteerd in de vestiging van een recht van vruchtgebruik gedurende die tijd; een overdracht onder opschortende tijdsbepaling wordt in lid 2 geconverteerd in een onmiddellijke overdracht met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de vervreemder. De regel in art. 3:85 BW is ook van belang voor de overdracht van een reeds gevestigd beperkt recht. De automatische overgang van het voort bestaande beperkt recht naar een ander tengevolge van een tijdsbepaling wordt ermee voorkomen.<sup>318</sup> Ook de rechtsfiguur die wel als een temporeel gesplitste eigendom placht te worden gezien, het fideicommiss, heeft in het nieuwe Nederlandse erfrecht in art. 4:136 BW de vorm gekregen van een recht van vruchtgebruik voor de bezwaarde, terwijl aan de verwachter reeds terstond het bloot-eigendomsrecht toekomt.

Op deze wijzen wordt door de werking van de wet voorkomen dat een eigendomsrecht wordt gecreëerd dat door het enkele verloop van tijd van rechtswege uit het vermogen van het rechtssubject verdwijnt doordat het overgaat in het vermogen van een ander. De temporele oneindigheid van het eigendomsrecht wordt zo gewaarborgd. Temporele beperkingen in dynamische zin kunnen in beginsel alleen worden gecreëerd in de vorm van een beperkt goederenrechtelijk recht waarvan de duur door de partijen bij de vestiging ervan wordt beperkt. Verlies van het eigendomsrecht

---

316 Het eigendomsrecht op een roerende zaak komt ten einde bij prijsgeving van het bezit en bij verwildering van dieren in de zin van art. 5:18 en 19 BW. Zolang de zaak niet wordt toegeëigend door een ander, is er van een eigendomsrecht geen sprake; de zaak is dan een *res nullius*.

317 Er zijn ook gelijkenissen wat betreft de temporele eindigheid: evenals het eigendomsrecht blijven beperkte rechten in beginsel bestaan bij de dood van de recht-hebbende, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, zoals bij het recht van vruchtgebruik. Ook de beperkte goederenrechtelijke rechten gaan over op de erfgenamen en, indien er geen erfgenamen bestaan, op de Staat; aldus uitdrukkelijk TM bij art. 3:81, PG 3, p. 309.

318 Zie over art. 3:85 BW en zijn ratio nader Zwolve, Simplex et perpetuum, 2006. Zie verder § 7.7.3 en § 8.2.4.2.

door het enkele verloop van tijd niet past in het systeem van het continen-tale goederenrecht.<sup>319</sup>

Geheel zwart-wit is het plaatje echter niet. Problematisch in het per-spectief van de oneindigheid van eigendom in dynamische zin is wel de wettelijke mogelijkheid om het eigendomsrecht over te dragen onder een voorwaarde. De goederenrechtelijke werking van vervulling van een voorwaarde krachtens art. 3:84 lid 4 BW creëert een inbreuk op de onein-digheid van het eigendomsrecht en andere goederenrechtelijke rechten.<sup>320</sup>

### 3.7.2.5 Uniformiteit

Het eigendomsbegrip is in twee verschillende opzichten uniform; zowel naar doel als naar object. Ten eerste is er sprake van één algemeen type eigendomsrecht. Het wettelijk eigendomsbegrip is onafhankelijk van het doel dat de eigenaar met zijn eigendom wenst te bereiken.<sup>321</sup> In elk geval is dezelfde totaliteit aan eigenaarsbevoegdheden onverkort van toepas-sing. Voor differentiatie biedt het BW geen aanknopingspunten; van een bepaald soort, nader afgebakend type eigendomsrecht ter fine van bij-voorbeeld woongenot, levensonderhoud, industriële productie of zeker-heidsverschaffing is in het geldende goederenrecht geen sprake. Publiek-rechtelijke voorschriften die verband houden met de aard van het goed of het doel waarvoor het goed wordt gebruikt, leiden overigens wel tot differentiatie van het eigendomsrecht.

Het eigendomsbegrip wordt ook in een ander, tweede opzicht geken-merkt als uniform: op alle soorten zaken rust hetzelfde uniforme eigen-domsrecht.<sup>322</sup> Er zijn geen verschillende typen eigendomsrechten tot ont-wikkeling gekomen op basis van de aard van de zaak waarop het recht

319 Zie TM bij art 4 136 BW (1954), PG 4, p 801. "Een tijdelijke eigendom heeft in zijn regeling zoveel gelijkenis met een vruchtgebruik, dat het niet wenselijk is geoor-deeld, hier twee verschillende rechtsfiguren te erkennen. Ook in de praktijk komt een zodanige in de tijd beperkte eigendom zelden voor. Het Engelse recht kent wel de tijdelijke eigendom (estate for life or for years), maar kent dan ook daarnaast niet een vruchtgebruik", vgl MO bij art 4 136 (d d 22 juni 1965), PG 4, p. 806. "De idee van een 'tijdelijke eigendom' is aan het ontwerp (van het derde Boek) vreemd "

320 S C J J Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, in Quod licet (Kleijnbundel), 1992, no 8, p. 202, stelt in het licht van de voorwaardelijke levering dat uit art 3 85 BW en art 4:136 BW niet mag worden afgeleid dat de onbepaaldheid van de duur van eigendom een wezenskenmerk is. Zo ook Asser-Mijnssen 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, no 20. De levering onder voorwaarde komt aan de orde in § 7 7 2 en § 8.2 4.

321 Met uniformiteit in dit opzicht lijkt hetzelfde te worden bedoeld als met de abstrac-tie van het eigendomsbegrip, zie Van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p 34.

322 Van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p 9, spreekt van 'het enkelvoudige eigen-domsbegrip'. Overigens noemt hij op p 34 de uniformiteit van het eigendomsbegrip in deze zin als een aspect van het kenmerk totaliteit.

rust. Het eigendomsrecht op een huis heeft dezelfde eigenschappen als de eigendom van een fiets.

Aangetekend moet worden dat de leveringsformaliteit in belangrijke mate de verschijningsvorm van het eigendomsrecht beïnvloedt. Bijvoorbeeld de voor levering van een registergoed vereiste inschrijving in de openbare registers maakt van het eigendomsrecht op onroerende zaken een 'register-eigendomsrecht'. Toch kan in het geldende Nederlandse goederenrecht nog niet van een dergelijke bijzondere soort eigendomsrecht met bijzondere kenmerken worden gesproken, aangezien het negatieve stelsel van de openbare registers meebrengt dat de eigendom van registergoederen niet steeds uit die registers kenbaar is. Wanneer de eigendom van een registergoed is verkregen door verjaring of herverkregen door de werking van het causale stelsel, behoeft daarvan uit de registers niets te blijken.

Op basis van de rechtshistorische context van het oude BW waarin het kenmerk van uniformiteit voor het voetlicht is gekomen, mag worden aangenomen dat zowel de term eigendom als de term zaak in ruime zin moeten worden verstaan, mede omvattende 'onlichamelijke zaken': uniformiteit wilde derhalve zeggen dat sprake was van maar één type volledig recht voor alle typen goederen. In deze algemene zin is uniformiteit echter niet langer kenmerkend voor het eigendomsbegrip in het Nederlandse goederenrecht. Het eigendomsrecht is immers in het nieuwe BW beperkt tot zaken, zij het zaken van alle soorten. Voor andere typen goederen zijn andere typen volledige rechten tot ontwikkeling gekomen, die in het systematiek van het nieuwe BW naast het eigendomsrecht moeten worden geplaatst en die wellicht andere algemene kenmerken vertonen. Voor zover nog wordt gesproken van uniformiteit als kenmerk van het eigendomsrecht, wordt erop gedoeld dat voor alle verschillende soorten zaken hetzelfde wettelijke eigendomsbegrip geldt. Het eigendomsrecht op onroerende zaken heeft dezelfde wettelijke kenmerken als een eigendomsrecht op roerende zaken.

### 3.7.2.6 Individualistisch

Eigendom is naar het geldende vermogensrecht 'individualistisch'.<sup>323</sup> Een wettelijke vorm van collectieve eigendom is het Nederlandse goederen-

---

<sup>323</sup> In de parlementaire geschiedenis is verschillende malen opgemerkt dat het eigendomsbegrip in het nieuwe BW "niet individualistisch" is, zie o.a. TM bij art. 5:1, PG 5, p. 19 ("Wanneer het tweede lid zegt, dat de eigenaar bevoegd is de zaak 'naar goedvinden' te gebruiken, dan ligt daarin niet opgesloten, dat het ontwerp uitgaat van een individualistisch eigendomsbegrip. Dat de eigenaar in beginsel vrij is met

recht vreemd.<sup>324</sup> De mede-eigendom in de zin van titel 3.7 BW (gemeenschap) is van een heel andere orde, aangezien het geen eigendom is die toebehoort aan het collectief in de zin van de maatschappelijke gemeenschap. Onder mede-eigendom zijn in dit kader ook te begrijpen de gemeenschappelijke eigendom van de aandeelhouders in een vennootschap en de huwelijksgoederengemeenschap.

De ontwikkeling van het moderne eigendomsbegrip is mede gestoeld op de opkomst van de notie van een 'subjectief recht'. De wortels van dit begrip liggen wellicht al in het Romeinse recht, maar pas in de loop van de 16<sup>e</sup> eeuw is het subjectieve recht een centrale plaats in gaan nemen in de systematiek van het privaatrecht.<sup>325</sup> Het individu is hiermee de unieke drager van rechten en plichten geworden. Zijn eigendomsrecht komt hem toe te eigenen behoefte; zijn vermogen is niet mede het vermogen van het collectief of de familie die hij vertegenwoordigt. Het individualistische element in het eigendomsbegrip geeft mede weer dat eigendom in beginsel niet *une fonction sociale* heeft.<sup>326</sup> De maatschappelijke en politieke opvattingen op dit punt zijn nogal aan verandering onderhevig. Waarschijnlijk is de constante echter dat wordt vastgehouden aan dit aspect van het eigendomsbegrip.<sup>327</sup>

---

de zaak te doen wat hij wil, is het juridisch-technisch uitgangspunt van alle bekende rechtsstelsels, in hoeverre de eigenaar in een bepaald rechtsstelsel bij de uitoefening van zijn recht een sociaal doel moet bevorderen, hangt af van de beperkingen, die hem in het belang van anderen en in het algemeen belang zijn opgelegd "). Uit de context van de verschillende passages blijkt echter dat hiermee is bedoeld uitdrukking te geven aan ofwel de totaliteitsgedachte, of abstractheid of absoluutheid. Wel zuiver. Tweede Kamerlid Zeelenberg op 2 juni 1953, PG Algemeen Deel, p. 41.

324 De mede-eigendom in de zin van titel 3.7 BW (gemeenschap) is uiteraard van een heel andere orde, aangezien het geen eigendom is die toebehoort aan het collectief in de zin van de maatschappelijke gemeenschap. Onder mede-eigendom zijn in dit kader ook te begrijpen de gemeenschappelijke eigendom van de aandeelhouders in een vennootschap en de huwelijksgoederengemeenschap.

325 Van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 33-34 en 40-41. Zie over het subjectief recht nader § 7.2.

326 Slagter, 1968, p. 27, met, voor de term, een verwijzing naar L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon, 1912. Zie verder o.a. Paul Coste-Floret, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil, 1935, p. 59 e.v., die erop heeft gewezen dat de wortels voor la fonction sociale paradoxaalwijs liggen in het gedachtegoed van de fysiocraten, m.n. Hector Denis, 1881. Dit is paradoxaal, want meestal wordt de individualistische invalshoek van de fysiocraten benadrukt, het individualisme staat in deze benadering echter uiteindelijk in dienst van het algemene, maatschappelijke, 'sociale' belang van facilitering van het vrije verkeer in goederen.

327 Vgl. Advies RvS (d.d. 3 januari 1956), Algemene opmerkingen over boek 5, sub III, PG 5, p. 6.



De zes kenmerken van het eigendomsbegrip die hier zijn besproken, vertonen een zekere overlap; de zes zijn wellicht terug te brengen tot drie of vier die afhankelijk van de zin die daaraan wordt toegekend, de andere eigenschappen mede omvatten.<sup>328</sup> Door de eigenschappen zoveel mogelijk in afzonderlijke kenmerken uit te splitsen, worden de verschillende dimensies van het eigendomsbegrip duidelijker. Het zijn de grondtrekken van het Nederlandse eigendomsbegrip, maar ze kenmerken in belangrijke mate ook het algemene eigendomsbegrip dat gemeenschappelijk is aan vrijwel alle continentaal-Europese rechtsstelsels, zoals dat sinds het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw vorm heeft gekregen.

De geschetste kenmerken bepalen de kern van het eigendomsbegrip in het geldende Nederlandse recht, maar het beeld is daarmee niet volledig: er zijn veelsoortige nuances te maken. Deze worden mede ingegeven door de rol en de functie die het eigendomsrecht vervult in het maatschappelijk en het handelsverkeer. Veranderingen en ontwikkelingen kunnen leiden tot een nieuwe balans tussen de kenmerkende elementen van het eigendomsbegrip en de beperkingen daarop; de beschrijving van de kenmerken verdient daarom enige nuancering, met name de kenmerken van absoluteïteit en uniformiteit. Voor het vervolg kan een analyse van alle beperkingen die gelden ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden door de eigenaar echter buiten beschouwing blijven.<sup>329</sup>

### 3.7.3 De andere goederenrechtelijke rechten

De beschrijving van de zes elementen van het eigendomsbegrip in de voorgaande paragraaf is ingebed in de analyse van het eigendomsrecht zoals geregeld in art. 5:1 BW. Het eigendomsbegrip is conceptueel en rechtshistorisch echter ruimer te verstaan dan het eigendomsrecht. Hiermee rijst de vraag in hoeverre de zes kenmerken ook gelden voor de andere goederenrechtelijke rechten. In § 2.5.1 is al de aandacht gevestigd op één van de grote innovaties in het BW: het onderscheid tussen volledige en beperkte rechten en het bestaan van andere volledige rechten naast het eigendomsrecht dat slechts op zaken is gaan zien.

---

328 Vgl. Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der Abstrakte Eigentumsbegriff*, 1976, op p. 139: "Dieser Eigentumsbegriff ist durch eine Reihe von Eigenschaften gekennzeichnet, die man in folgende Schlagworte zusammenfassen kann: Totalität, Abstraktheit, Absoluteïteit, Formalität. Dabei handelt es sich letztlich nur um verschiedene Aspekte ein und derselben Erscheinung."

329 Zie nog wel § 9.3.3.2.

Wanneer het accent wordt gelegd op het gegeven dat het eigendomsrecht een volledig recht is, wordt aannemelijk dat de zes kenmerken evenzeer gelden voor de andere volledige rechten. Het eigendomsbegrip is immers in de rechtshistorie en de rechtstheorie meestal ruimer verstaan dan het volledige recht op een zaak; het eigendomsbegrip omvat dus in beginsel ook de andere volledige rechten.

Bij nadere beschouwing blijkt echter dat niet alle bekende volledige rechten ook steeds alle zes kenmerken vertonen. Bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten zijn alle eindig in de tijd. Op grond van de eindigheid van deze rechten is bezwaar aangetekend tegen de aanduiding als 'intellectuele eigendomsrechten'; de oneindigheid van het eigendomsrecht zou de gelijkschakeling niet toelaten.<sup>330</sup> Wat ook de benaming, feit is dat deze typen volledige rechten op dit wezenlijke punt verschillen van het eigendomsrecht.<sup>331</sup> Ze zijn echter wel absoluut, aangezien ze tegenwerpelijk zijn aan derden, in sommige gevallen na inschrijving in daarvoor bestemde registers. Ieder intellectueel eigendomsrecht omvat tevens alle bevoegdheden die denkbaar zijn in het kader van dat type intellectueel eigendomsrecht, zonder dat die bevoegdheden opgesomd behoeven te worden of alle steeds aanwezig dienen te zijn; totaliteit en abstractheid kenmerken derhalve ook de intellectuele eigendomsrechten. Ze zijn ook abstract en uniform in die zin dat de bevoegdheden geen bijzondere legitiematie behoeven of gereleateerd zijn aan een bepaald maatschappelijk doel. In de woorden van Paul Scholten in zijn noot onder het arrest Pope's Metaaldraadlampen uit 1940 ten aanzien van misbruik van een merkrecht:

"Een *doel* voor de eigendoms-bescherming is niet aan te geven - is niet anders dan het toekennen van de bevoegdheid aan den eigenaar zelf dat doel te bepalen (.) En nu is het belangrijke van dit arrest, dat het doet uitkomen dat voor het merkenrecht - als een *propriété* industriële gevormd naar het beeld van het eigendomsrecht - hetzelfde geldt, het *doel* - hier wel aan te geven - verliest door den *vorm* van de bescherming (verleening van een subjectief priv.recht) zijn beteekenis in rechte Pope heeft als rechthebbende op het merk het beschikkingsrecht over dit teeken. Zij kan het gebruiken voor het doel dat haar goed dunkt, mits zij maar niet "onoorbaar" handelt."<sup>332</sup>

- 
- 330 Zie reeds Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, 1871, p. 205
- 331 De eindigheid vormt ook een element van de discussie over de 'nieuwe typen vermogensrechten', met name voor zover het gaat om vergunningen en quota's, zie nader het Rapport van de MDW werkgroep Verhandelbare rechten, fase 1 (d d 8 februari 2000), § 5.2.2 op p. 51-52.
- 332 HR 14 juni 1940, NJ 1941, 109 m.nt. PS (Pope's Metaaldraadlampen), p. 159 r.k. Zie eerder ook HR 12 januari 1939, NJ 1939, 535 m.nt. EMM

De intellectuele eigendomsrechten vertonen dus vijf van de zes kenmerken van het eigendomsbegrip. Wel moet worden erkend dat een bepaald type intellectueel eigendomsrecht zo sterk verweven is met een specifieke activiteit, een specifiek object of een specifieke bevoegdheid dat totaliteit en in sommige opzichten abstractheid minder aansprekende begripsmatige elementen zijn dan geldt voor het eigendomsrecht.

Wanneer men bereid is de stap te zetten om ook vorderingsrechten aan te merken als volledige rechten, blijken vorderingsrechten bezien als goed eveneens de zes kenmerken te vertonen. Bezien vanuit de eigendommelijke kant is een vorderingsrecht evenzeer absoluut in die zin dat het kan worden tegengeworpen aan derden. Zij dienen het vorderingsrecht te respecteren, ook al zijn zij niet tot nakoming van de schuld van de debiteur gehouden. Opnieuw is totaliteit minder aansprekend als kenmerk, maar toch geldt in theorie dat de rechthebbende van een vordering alle denkbare bevoegdheden heeft die uit die vordering voortvloeien. In feite is de inhoud van de vordering geheel bepalend voor de omvang van de bevoegdheden van de schuldeiser ten opzichte van de schuldenaar, maar daarbij komen dan in beginsel wel de algemene bevoegdheden die een rechthebbende tot een goed heeft, zoals met name beschikkingsbevoegdheid.

Van de volledige rechten is de stap naar de beperkte rechten niet groot meer. Ook beperkte rechten zijn goederen die verschillende kenmerken van het eigendomsbegrip vertonen. Absoluutheid is een onmiskenbare eigenschap van alle beperkte goederenrechtelijke rechten.<sup>333</sup> De bevoegdheden die in de vorm van een beperkt recht zijn toegekend aan de beperkt gerechtigde kunnen aan een ieder worden tegengeworpen, ook aan de eigenaar die door de vestiging van het beperkte recht zijn exclusieve aanspraak op die bevoegdheid heeft prijsgegeven. Wanneer verschillende beperkte rechten naast elkaar zijn gevestigd, treedt een ander aspect van het absolute karakter van de beperkte goederenrechtelijke rechten op de voorgrond: het *droit de préférence*, soms aangeduid met de term prioriteit. Een ouder beperkt gerechtigde kan zijn rechten doen gelden jegens een

---

333    Zie ook de Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe (1888), p. 2, in: § II.1 'Begriff des dinglichen Rechtes', tweede alinea: "Aus dem Begriffe des dinglichen Rechte ergibt sich die Regel, daß dasselbe von absoluter Wirkung ist. Das dingliche Recht schließt insoweit, als es die Sache dem Willen des Berechtigten unterwirft, jede Einwirkung Dritter auf dieselbe aus; es kann sich daher gegen Jeden bethätigen, dessen Verhalten mit ihm in Widerspruch steht. Soll die absolute Wirkung versagt sein, so muß das Gesetz es besonders bestimmen. Durch eine solche Bestimmung wird dem von derselben betroffenen Rechte der dingliche Charakter nicht entzogen."

jonger beperkt gerechtigde. Prioriteit vormt naast zaaksgevolg en separatisme het derde aspect van absoluteitheid.

Voor beperkte rechten geldt echter van oudsher in sommige opzichten een contrast met het eigendomsbegrip. Met name wat de tijdsduur betreft werd in de doctrine in de 19<sup>e</sup> eeuw sterk vastgehouden aan het uitgangspunt dat beperkte rechten steeds *tijdelijke* belastingen van de eigendom vormden.<sup>334</sup> Thans geldt alleen voor het recht van vruchtgebruik nog een dwingendrechtelijke duurbeperking, zij het dat ook accessoriteit het tenietgaan van beperkte rechten tot gevolg kan hebben. Belangrijk is dat alle beperkte rechten door de partijen bij de vestiging ervan eindig in de tijd kunnen worden gemaakt; voor het eigendomsrecht bestaat deze mogelijkheid in beginsel niet. In § 7.7 wordt in het kader van splitsing en de overdracht onder een tijdsbepaling nader ingegaan op het tijdsaspect van beperkte rechten.<sup>335</sup>

---

334 Vgl. het geldende recht in België, zoals beschreven door Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?, TPR 2005, p. 1075, nr. 93.

335 Zie verder ook § 9.3.2.

## DE NUMERUS CLAUSUS IN ENIGE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS

### 4.1 Inleiding en verantwoording

#### 4.1.1 *David en Lawson*

De beschrijving van de historische ontwikkeling van het dogma van numerus clausus in de 19<sup>e</sup> en de 20<sup>e</sup> eeuw geeft te denken over de goederenrechtelijke ontwikkelingen in andere rechtsstelsels. In § 1.2 is vermeld dat de inspiratie voor deze studie over de numerus clausus mede voortkomt uit de rechtsvergelijking. In algemene rechtsvergelijkende studies over goederenrecht pleegt men de meest uitvoerige, maar toch nog beperkte beschouwingen over numerus clausus te vinden. Rechtsvergelijkers van grote naam hebben nog niet zo lang geleden gesteld dat numerus clausus de continentale goederenrechtelijke stelsels, meestal aangeduid als de *civil law countries*, typeert, terwijl afwezigheid van een dergelijk beginsel kenmerkend is voor de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels, aangeduid als de *common law countries*. Zo schreef de Fransman René David, in zijn *Les grands systèmes de droit contemporains*, uit 1964:

"(..) la règle, selon laquelle il existe un *numerus clausus* de droits réels, et la propriété ne peut être démembrée que selon certains schémas, est étrangère au droit anglais et à la mentalité des juristes anglais. Le principe que l'on puisse librement démembrer la propriété apparaît aux juristes anglais aussi naturel que nous apparaît sur le continent européen le principe de liberté des contrats."

De Engelse rechtsvergelijker Lawson heeft zich in zijn bijdrage uit 1973 aan de *International Encyclopedia of Comparative Law* in vergelijkbare termen uitgelaten:

"Now, the distinction between real and personal rights is fundamental for the CIVILIAN; and the former alone are to be treated as property. Moreover, quite

---

1 René David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (Droit comparé), 1<sup>e</sup> druk 1964, no. 311 ('Conception anglaise des tenures'), met een verwijzing naar F.H. Lawson, *The Law of Property*, 1958, p. 59 et s. De passage is ongewijzigd gehandhaafd tot in de laatste, 10<sup>e</sup> druk uit 1992, in de bewerking van Camille Jauffret-Spinosi, no. 310.

naturally ownership, the real right with the ultimate title and the fullest content, is made the centre of property law, and all other real rights are related to it. Since to allow such other real rights to exist over a thing limits the owner's freedom to exploit and alienate it, the modern CIVIL LAW systems follow ROMAN law in subjecting them to a *numerus clausus*, and banish all other rights, as merely personal rights, to the law of obligations. That even the lessee is denied a real right may perhaps be attributed mainly to a conservative clinging to ROMAN tradition, as also the separation of the property aspects of family law and the law of succession from property law. In all these respects the COMMON LAW systems differ radically from the CIVIL LAW ( )<sup>2</sup>

Het is de vraag of deze stellingen juist zijn, zowel wat betreft de vermeende geslotenheid in de rechtsstelsels uit de civil law familie als de vermeende openheid van de Anglo-Amerikaanse goederenrechtsstelsels.

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de stand van enige buitenlandse rechtsstelsels. Het meest interessant zijn de rechtsstelsels waarvan pleegt te worden aangenomen dat ze geen *numerus clausus* kennen. Niet alleen de common law stelsels, maar ook het gemengde rechtsstelsel in Zuid-Afrika, en een prominent lid van de civil law familie, namelijk het Franse recht, worden beschreven. Na een beschrijving van enige gesloten stelsels worden deze vermeende open stelsels nader geanalyseerd.

#### 412 Verantwoording

Bij de beschrijving staat het dogma van de *numerus clausus* als zodanig centraal, er worden geen opsommingen gegeven van de erkende typen goederenrechtelijke rechten in de verschillende stelsels, noch van de in die rechtsstelsels erkende beginselen van het vermogensrecht.<sup>3</sup>

Bezwaarlijk aan de keuze van de *numerus clausus* als *tertium comparationis* is dat een doctrinair begrip niet een objectief, extern en neutraal ijkpunt kan vormen, zodat vanuit de theorie van de rechtsvergelijking fun-

2 F H Lawson, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VI, Property and Trust, F H Lawson (ed.), Chapter 2, Structural Variations in Property Law, 1975, p. 138, § 2-274, zie ook p. 27, § 2-35. Zie ook J H Beekhuis in zijn beschrijving van de civil law in dezelfde uitgave, op p. 10, § 2-10.

3 Voor beide kan een beroep gedaan worden op de uitgaven in de serie *Sachenrecht in Europa systematische Einführungen und Gesetzestexte*, Christian v Bar (hrsg.), Osnabrück Univ.-Verl. Rasch, 1999, Band 1 (Denemarken - Engeland - Finland - Zweden), Band 2 (Polen - Tsjechie - Hongarije), Band 3 (Griekenland - Portugal - Nederland) en Band 4 (Belgie - Frankrijk - Italië - Spanje).

damentele kritiek mogelijk is <sup>4</sup> Bovendien ligt de betekenis van het begrip numerus clausus niet vast In de voorgaande hoofdstukken is immers geconstateerd dat de numerus clausus verband houdt met de zelfstandigheid van het goederenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht, het zaaks- en het eigendomsbegrip, de overdraagbaarheid van goederen en de verhouding van de rechter tot de wetgever Een aspect van het eigendomsbegrip, in verband met het uitgangspunt dat beperkte rechten zijn afgeleid uit het eigendomsrecht, is de regel dat goederenrechtelijke rechten geen verplichtingen tot een doen kunnen opleggen <sup>5</sup> Voor zover de numerus clausus ziet op de mate waarin de wet ruimte biedt voor de partijautonomie bij de invulling van de wettelijke typen goederenrechtelijke rechten, behoeft een grondige rechtsvergelijking ten aanzien van de numerus clausus verder ook een analyse van elk type goederenrechtelijk recht in elk rechtsstelsel Ook het internationaal privaatrechtelijk perspectief - in hoeverre bestaat ruimte voor de erkenning en de inpassing van goederenrechtelijke rechten van buitenlandse snit - zou deel moeten uitmaken van een rechtsvergelijking met betrekking tot de numerus clausus

De meeste van de genoemde aspecten van het model waarvan de numerus clausus een belangrijk element vormt, komen niet structureel aan de orde in dit hoofdstuk Een dergelijk veelomvattend vergelijkend onderzoek kan slechts in samenwerking met specialisten uit verschillende landen worden gedaan <sup>6</sup> Desalniettemin is ervoor gekozen om de numerus clausus te gebruiken als ijkpunt voor verschillende rechtsstelsels De kerngedachte van een numerus clausus - namelijk er bestaat slechts een beperkt aantal typen goederenrechtelijke rechten, ofwel op basis van de wet ofwel op basis van de jurisprudentie - is voldoende afgebakend om een beschrijving van buitenlandse rechtsstelsels te geven, tenminste wat be-

---

4 Zie nader o a K Zweigert en H Kotz, *An introduction to comparative law*, 2<sup>e</sup> druk 1987, h 3 VI, Mark Van Hoecke en Mark Warrington, *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine towards a new model for comparative law*, ICLQ 47 (1998) p 497-536

5 Zie voor rechtsvergelijkende beschouwingen o a H W Heyman, *Blaauboer/Berlips - Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer*, *Rechtspraak klassiek*, NTBR 2002/7, § 7, p 305-307, de bijdragen van S E Bartels en J M Milo, K G C Reid, V Sagaert en J H M van Erp in *Contents of Real Rights*, Bartels en Milo (eds), 2004

6 In het kader van het Trento-project wordt onder leiding van C G van der Merwe gewerkt aan een dergelijk onderzoek Door middel van de functionele methode, die bestaat uit de beantwoording van concrete rechtsvragen en casus, wordt getracht in kaart te brengen wat rechtens wel of niet mogelijk is ten aanzien van gebruiksrechten op onroerende zaken Onder leiding van Eva-Maria Kieninger is een vergelijkbaar onderzoeksproject voltooid met betrekking tot zekerheidsrechten op roerende zaken en vorderingsrechten *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004

treft eventuele wettelijke bepalingen dienaangaande en de rol die het concept van een *numerus clausus* speelt in de doctrinaire analyse van het goederenrecht in de verschillende landen.<sup>7</sup> Met in het achterhoofd het bredere kader van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht heeft de *numerus clausus* voldoende relief om een ijkpunt te zijn. Op basis van de gegevens over de *numerus clausus* in verschillende rechtsstelsels uit verschillende rechtsfamilies, waarbij nader onderscheid wordt gemaakt tussen stelsels die als 'open' en stelsels die als 'gesloten' te boek staan, kunnen enige zinvolle vergelijkende analyses worden gemaakt.

Het doel van het rechtsvergelijkende onderzoek in dit hoofdstuk is tweeledig.<sup>8</sup> Ten eerste kan de in het buitenlandse recht aanwezige kennis over de eigenschappen en de beginselen van een goederenrechtelijk systeem in dienst worden gesteld van de analyse van het Nederlandse.<sup>9</sup> Ten tweede levert het rechtsvergelijkend onderzoek, zoals gezegd, aanwijzingen op voor beantwoording van de vraag of en in hoeverre onderscheid tussen de rechtsstelsels uit de civil law traditie enerzijds en die uit de common law traditie anderzijds op basis van de *numerus clausus* valide is. Het kan van belang zijn dit te weten indien uitvoering wordt gegeven aan het voornemen tot de ontwikkeling van een Europees vermogensrecht, wellicht uit communautaire bron.<sup>10</sup> Ook bij wereldwijde initiatieven

7 De hypothese is dus dat de goederenrechtelijke *numerus clausus* als rechtsinstituut ongeveer een gelijke vorm en een gelijke functie heeft in alle rechtsstelsels. Daarmee vormt het een valide *tertium comparationis* voor zinvol vergelijkend onderzoek op basis van de structuur van het rechtsinstituut door middel van de conceptuele methode, aldus A. E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Amsterdam, 1999, p. 234-238. De stijl van de doctrine in de verschillende rechtsstelsels is voldoende naar elkaar toegegroeid, aldus G. J. W. Steenhoff, *Nationale stijlverschillen in de doctrine en de vorming van een Europese rechtswetenschap*, WPNR 6231 (1996), p. 523-529, zodat het mogelijk is om op basis daarvan rechtsvergelijkende analyses te maken. Overigens is ook van duidelijke stijlverschillen tussen de verschillende families van rechtsstelsels steeds minder sprake, aldus o.a. Van Hoecke en Warrington, a.w., p. 498-502.

8 Vgl. in het algemeen Th. M. de Boer, *Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen*, in AAe 43 (1994), Bijzonder nummer *Rechtsvergelijking*, p. 303-310.

9 Vgl. J. M. Smits, *De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht*, WPNR 6154 (1994), p. 728-730; H. L. E. Verhagen, *De bekoring van toverklanken uit een ver verleden - Over de betekenis van rechtsvergelijking voor een Europees 'ius commune'*, in *Een Rijk Gerecht* (Nève-bundel), 1998, p. 521-549.

10 Vgl. het onderzoek dat ten behoeve van de communautaire harmonisatie van het contractenrecht in opdracht van de Europese Commissie is gedaan naar de overeenheid van het contractenrecht met o.a. het goederenrecht. Christian von Bar en Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe - a comparative study*, Sellier, 2004, waarin ten aanzien van de *numerus clausus* m.n. nr. 473. In de communautaire rechtsorde liggen de grondslagen voor eenmaking van delen van het goederenrecht besloten, zie hierover o.a. G.R. de



tot harmonisatie van rechtsregels voor zekerheidsrechten ten aanzien van roerende zaken en vorderingen speelt de numerus clausus soms een troeblerende rol. Rechtsvergelijkende analyses kunnen misverstanden en daarmee belemmeringen wegnemen.

## 4.2 De gesloten stelsels in de civil law familie

In verschillende rechtsstelsels wordt het bestaan van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten aangenomen. In sommige rechtsstelsels is een wettelijke bepaling voorhanden die de weerslag vormt van de numerus clausus of althans daarvoor als aanknopingspunt fungeert. Elders bestaat in de doctrine een consensus dat het principe van een numerus clausus in het systeem van het goederenrecht besloten ligt.<sup>11</sup>

Uit het vorige hoofdstuk is al gebleken dat *Duitsland* in verschillende opzichten de bakermat is van de numerus clausus en de geslotenheid van het goederenrechtelijke systeem. Ook in de hedendaagse literatuur wordt algemeen aanvaard dat het Duitse goederenrecht door een numerus clausus wordt gekenmerkt.<sup>12</sup>

Ook in verschillende andere landen in Europa<sup>13</sup> wordt aangenomen dat sprake is van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten, al dan niet op basis van een wettelijke bepaling. In *Italië* wordt art. 1372 van

---

Groot en S E Bartels, Goederenrecht in de Europese Unie, AAe 43 (1994), Bijzonder nummer Rechtsvergelijking, p 321-330, E M Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt - Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, 1996, en J W Rutgers, International Reservation of Title Clauses, 1999, h 3

11 Dit geldt bijvoorbeeld voor Polen, zo blijkt uit de bijdrage van J Poczubot, Sachenrecht in Europa, Band 2 Polen, p 7 op 21

12 Zie o a de volgende handboeken over het Duitse zakenrecht Staudinger/Seiler, 1989 en 1995, Einl zu §§ 854 ff, Rn 38, Staudinger/Köhler, 13<sup>e</sup> druk 1996, § 137, Rn 7, in het kader van overdraagbaarheid, Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 17<sup>e</sup> druk 1999, § 1 II 2, Rn 7, Jan Wilhelm, Sachenrecht, 1993, nr 242, Klaus Müller, Sachenrecht, 2<sup>e</sup> druk 1990, Rn 8, H Westermann, Sachenrecht - Ein Lehrbuch, 1<sup>e</sup> druk 1957, p 19, 7<sup>e</sup> druk 1998, p 3, Manfred Wolf, Grundrisse des Rechts, Sachenrecht, 13<sup>e</sup> druk 1996, Rn 22 en 23 Anders Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Band I, 1990, § 1 II 4 f, p 22-23, op grond van de ruime toekenning van bezitsacties, met verwijzing naar Dernburg, BurgR II, § 124 II Zie verder o a het reeds genoemde werk van Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 23

13 Zie B Rudden, Economic Theory v Property Law The Numerus Clausus Problem, in Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series, 1987, p 239, voor een studie van enige rechtsstelsels buiten Europa Expliciete wettelijke bepalingen zijn te vinden in het recht van Argentinië, Japan, Louisiana in de Verenigde Staten, Ethiopie, Thailand en Zuid-Korea

de Codice civile uit 1942 genoemd als wettelijke verankering; deze wettelijke bepaling stelt echter slechts de relatieve werking van overeenkomsten, zoals in Nederland voorheen art. 1376 Oud BW.<sup>14</sup> In *Griekenland* bestaat een wettelijke bepaling, art. 973, uit een opsomming van de zakelijke rechten, waarvan wordt aangenomen dat deze limitatief is.<sup>15</sup> Een veel duidelijker bepaling, waarin in algemene termen de dwingende kracht van de wettelijke typen van zakelijke rechten is neergelegd, is te vinden in het wetboek van *Portugal*, in werking getreden op 1 juni 1967, in art. 1306 lid 1, met in de betiteling zelfs de term 'numerus clausus':

'Nicht erlaubt ist die Errichtung von Einschränkungen des Eigentumsrechts mit dinglichem Charakter oder von parzellierten Formen dieses Rechts, ausser in den im Gesetz vorgesehenen Fällen; alle Einschränkungen, die aufgrund eines Rechtsgeschäfts entstehen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind schuldrechtlicher Natur.'<sup>16</sup>

Het recht van *België* kan eveneens worden gerubriceerd bij de rechtsstelsels met een numerus clausus.<sup>17</sup> Het Belgische Burgerlijke Wetboek is grotendeels een vertaling van de Franse Code civil van 1804. Dientengevolge zijn in *België* dezelfde aarzelingen over het bestaan van een numerus

- 14 Zie Lukas Plancker en Karl Pfeifer, *Sachenrecht in Europa*, Band 4: *Italië*, p. 356, met verwijzing naar Francesco Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, IV Edizione, Napoli, 1993, p. 249, en Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, Milano, 1980, p. 209. Zie verder Maria Costanza, "Numerus clausus" dei diritti reali e autonomia contrattuale, in: Studi Grassetti, deel 1, Milano 1980, p. 421-451; V. Giuffrè, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'*, 1992, die op p. 59-75 betoogt dat de Italiaanse Code civile geen wettelijke basis biedt, zelfs niet indirect, voor de numerus clausus.
- 15 Zie E. Eleftheriadou, *Sachenrecht in Europa*, Band 3: *Griekenland*, p. 20; zie de vertaling van het wetsartikel in het Duits op p. 96: 'Rechte, welche eine unmittelbare und gegen jedermann wirkende Herrschaft an der Sache gewähren (*dingliche Rechte*), sind das Eigentum, die Dienstbarkeiten, das Pfandrecht und die Hypothek.'
- 16 Aldus de Duitse vertaling van art. 1306 lid 1, van de hand van M.M. de Sabrea en Y.M. de Alencar Xavier, *Sachenrecht in Europa*, Band 3: *Portugal*, p. 347. Art. 1306 lid 1 luidt in het Portugees: 'Não é permitada a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.'
- 17 Zie de grondige analyse van Vincent Sagaert, *Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? - Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten*, oratie Leuven 2005, TPR 2005, p. 983-1086, m.n. nr. 46 e.v., en eerder m.n. J. Hansenne, *La limitation du nombre des droits réels et le champ d'application du concept de service foncier*, Rev.crit. de jurisprudence belge 1968, p. 170-191; F. Gotzen, *Zakelijke rechten; plaats en aantal in het burgerlijk recht*, R.W., 1978-1979, p. 2337-2346; en Matthias E. Storme, *Vertrouwen is goed, dual ownership is beter - Elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht*, R.W. 1996-1997, p. 137-154.

clausus geuit als in Frankrijk. De wettelijke tekst biedt reden tot de twijfels die ook in Nederland op basis van het BW van 1838 hebben bestaan.

Deze twijfels zijn echter weggenomen in de jurisprudentie in België. Op basis van het 'principesarrest' *Blieck* uit 1966 wordt in brede kring aangenomen dat het Belgische goederenrecht wordt gekenmerkt door een gesloten stelsel.<sup>18</sup> Deze lijn is doorgetrokken in het arrest *Sart-Tilman* uit 1996, waarin is beslist dat een fiduciaire cessie tot zekerheid in geval van faillissement van de cedent niet tegenwerpelijk is aan de overige schuldeisers, omdat sprake is van "een niet bij de wet bepaalde zakelijke zekerheid".<sup>19</sup> Een uitdrukkelijke aanvaarding van de numerus clausus is ook te vinden in een arrest uit 1988, waarin is geoordeeld dat alleen de vestiging van een recht van opstal, en niet ook het afstand doen van een beroep op natrekking ('verzaking') een zakelijk recht in het leven roept.<sup>20</sup> Hier komt nog bij dat een arrest uit 1913 grote gelijkenis vertoont met *Blaauboer/Berlips*, dat de scherpe scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht creëerde die kenmerkend is voor een numerus clausus.<sup>21</sup>

Het Belgische goederenrecht blijkt in zijn grondtrekken ook in andere opzichten aanzienlijke gelijkenis met het Nederlandse goederenrecht te vertonen.<sup>22</sup> Evenals in het Nederlandse recht worden bijvoorbeeld aan het eigendomsbegrip de eigenschappen van oneindigheid en ondeelbaarheid toegeschreven. Het kenmerk van oneindigheid heeft zijn weerslag in allerlei wettelijke regels die ertoe leiden dat de beperkte rechten, met uitzondering van het recht van erfdienstbaarheid, slechts tijdelijke belastingen van het eigendomsrecht kunnen zijn.<sup>23</sup> Vergelijkbaar is ook de mate

- 18 Cass 16 september 1966, *Pasicrisie* 1967, I, 63, *Jour trib* 1967, p. 59, *Arrêts de la Cour de Cassation* 1967, 67 (*Blieck*), waarover *Hansenne*, a w , en verder V. Sagaert, *Real rights and real obligations in Belgian and French law*, in *Contents of Real Rights*, 2004, p. 47-70. Sagaert, a w , 2005, nr. 56, maakt duidelijk dat het arrest op de keper beschouwd slechts de overgang als accessoir recht van een verbintenis aan actieve zijde betrof, m a w de vraag of het Belgische recht een kwalitatief recht kent.
- 19 Cass 17 oktober 1996, *R W* 1996-1997, p. 1395 m nt M E Storme (*Sart-Tilman*). Op basis van o m een later arrest, Cass 4 april 2003, *R W* 2003-2004, p. 1689 m nt M E Storme, bestaat inmiddels twijfel over de vraag in hoeverre het arrest *Sart-Tilman* nog geldend Belgisch recht vertegenwoordigt, zie Sagaert, a w , nr. 58.
- 20 Cass 19 mei 1988, *Arr Cass* 1987-1988, 1230, *Pasicrisie* 1988 I 1142, *R W* 1988-1989, 572. Zie Sagaert, a w , nr. 59.
- 21 Cass 6 februari 1913, *Pasicrisie* 1913 I 93.
- 22 Vgl m n de analyse van Sagaert, 2005. Een fundamenteel verschil is dat het Belgische vermogensrecht geen leveringsvereiste voor overdracht bij verkoop kent, aangezien het Franse recht inzake de *effet translatif* van de koopovereenkomst is gevolgd.
- 23 De wettelijk toegestane duur van het recht van opstal is beperkt tot 50 jaar. Een vergelijkbare duurbepanking voor het recht van opstal is in Nederland in de loop van de 19<sup>e</sup> eeuw geschrapt. Zie over de oneindigheid van het eigendomsrecht en de

waarin ondeelbaarheid als kenmerk van het eigendomsbegrip onder druk is komen te staan door de opkomst van fiduciaire eigendomsvormen.<sup>24</sup>

### 4.3 Een open stelsel in de civil law familie: het Franse goederenrecht

#### 4.3.1 *De Code civil*

Op basis van de geboortedatum van de Code civil kan het Franse rechtstelsel worden aangemerkt als de oudste nog levende stam van de civil law rechtsfamilie. Gezien de stelling van David en van Lawson dat een *numerus clausus* kenmerkend is voor de civil law rechtsfamilie is het daarom opmerkelijk dat juist voor het Franse goederenrecht het dogma van de *numerus clausus* het meest discutabel blijkt te zijn.

Evenals het oude Nederlandse BW in art. 584, kent de Franse Code civil een bepaling die enige goederenrechtelijke rechten opsomt, namelijk art. 543 Cc dat luidt:

'On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.'

Ook deze Franse bepaling geeft slechts een opsomming van rechten. Deze is nog onvollедiger dan de Nederlandse, aangezien de zakelijke zekerheidsrechten er niet in zijn genoemd.<sup>25</sup> Het algemene principe dat buiten de wet geen nieuwe zakelijke rechten kunnen worden gecreëerd, is er niet uitdrukkelijk in verwoord.

Nog steeds beeld bepalend is een oud arrest van de hoogste Franse rechter, destijds la cour royale, namelijk het arrest *Caquelard* uit 1834. Dit geschil betrof de rechten op de vruchten van bomen die waren geplant op bepaald stuk grond. De rechters in de lagere instanties hadden op creatieve wijze de rechten tussen partijen vastgesteld: partijen kregen de mede-eigendom van de grond met voor de één, *Caquelard*, het relatief waarde-loze recht op genot van de struiken en voor de ander, *Lemoine*, het genot van de vruchten van alle bomen. *Caquelard* nam hiermee echter geen genoegen; hij eiste als mede-eigenaar de helft van de vruchten van de

---

eindigheid van de beperkte rechten in het Belgische recht nader Sagaert, 2005, nrs. 52 (op p. 1034), 57, 59, 81 en 93.

24 Zie Sagaert, 2005, nrs. 33 e.v. en 81. Zie voor het Nederlandse recht h. 7.

25 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et garantie*, 1960, p. 147, spreekt van "la règle du *numerus clausus*, maladroitement exprimée à l'article 543." Het feit dat de zakelijke zekerheidsrechten hierin niet zijn vermeld, kan volgens Ginossar, p. 148, noot 260, worden verklaard uit de omstandigheid dat die niet werden gezien als *démembrements* van de eigendom.

bomen op. Zijn beroep in cassatie was gegrond op de stellingen dat aandelen in een gemeenschap alleen gelijksoortig kunnen zijn en dat de wet overigens geen mogelijkheden kende tot afbakening van de inhoud van eigendomsrechten zoals vastgesteld in lagere instanties. Het cassatieberoep werd echter verworpen:

'Les articles 544, 546 et 552 c.civ. sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible.'<sup>26</sup>

Een van de wet afwijkende invulling van het eigendomsrecht evenals in algemene zin een afwijkende wijze van afsplitsing van bevoegdheden uit het eigendomsrecht werden dus voor mogelijk gehouden.

In het bredere perspectief van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht is nog van belang dat sommige aan de numerus clausus verwante kenmerken daarvan in het Franse recht op basis van de Code civil ontbreken. Anders dan het Duitse en het Nederlandse recht en in afwijking van de gemeenrechtelijke traditie, kent het Franse recht kent krachtens art. 711 Cc een translatief stelsel van overdracht.<sup>27</sup> Verder kent het Franse recht goederenrechtelijke werking toe aan overdraagbaarheidsbeperkingen ten aanzien van zaken, zij het niet onbeperkt in de tijd en op voorwaarde van een gerechtvaardigd belang van de bedinger. Dergelijke overdraagbaarheidsbeperkingen zijn moeilijk verenigbaar met het Savigniaanse model voor het vermogensrecht. Hier staat tegenover dat het Franse recht op basis van art. 2279 Cc ten aanzien van roerende zaak voorziet in een ruime bescherming van derdenverkrijgers te goeder trouw.

---

26 Req 13 février 1834, D P 34 1 218, S 34 1 205 (Caquelard c Lemoine), eveneens gepubliceerd in F Terré en Y Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000, tome 1, no 60 (9<sup>e</sup> druk no 58) Art 544 Cc geeft de definitie van het eigendomsrecht, vergelijkbaar met art 625 Oud BW. Art. 546 Cc betreft natrekking en is enigszins vergelijkbaar met art 556 Oud BW. Art. 552 Cc komt overeen met art 626 Oud BW

27 'La propriété des biens s'acquiert et se transmet ( ) par l'effet des obligations' Volgens Zwalm, *Hoofdstukken*, deel 1, 2<sup>e</sup> druk 2003, p. 151, "vertoebelt deze regel de grens tussen zakenrecht en verbintenissenrecht, tussen zakelijk recht en persoonlijk recht, tussen iura in personam en iura in re. De Code civil is daarom ook op een geheel andere wijze samengesteld dan de continentale wetboeken die het gemeenrechtelijke stelsel hebben gekozen en dientengevolge zijn opgebouwd rondom de strakke scheiding binnen het vermogensrecht tussen zakenrecht en verbintenissenrecht. De Code kent die niet."

#### 4.3.2 Doctrinaire verdeeldheid

In de Franse literatuur heeft altijd verdeeldheid geheerst ten aanzien van het bestaan en de wenselijkheid van een *numerus clausus* van zakelijke rechten.<sup>28</sup> De analyse van art. 543 Cc speelt hierbij een grote rol. De tegenstanders van een *numerus clausus* wijzen erop dat art. 543 als limitatieve opsomming gebrekkig is en daarom slechts als een introductie op de daarop volgende bepalingen kan worden gezien. Voorstanders van een *numerus clausus* wijzen daarentegen op de geschiedenis van art. 543 Cc; uit de debatten over het ontwerp zou naar voren komen dat is beoogd om door middel van wettelijk geregelde en limitatief in art. 543 opgesomde typen zakelijke rechten de oude rechten uit de feodale tijd af te schaffen.<sup>29</sup> Het recht inzake zakelijke rechten zou bovendien van openbare orde zijn, gezien de belangen van derden die met de tegenwerpelijheid van zakelijke rechten en hun overgang betrokken zijn.<sup>30</sup> De algemene vrijheid om nieuwe typen zakelijke rechten in het leven te roepen en daarvan de inhoud en de duur naar believen vorm te geven, wordt ook bestreden met het argument dat alleen het eigendomsrecht een oneindige duur kan hebben.<sup>31</sup> Een ander argument voor de stelling dat sprake is van een *numerus*

28 Het nu volgende is grotendeels gebaseerd op het commentaar van F. Terre en Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000, tome 1, no 60. Zie ook François Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957, p. 461-466; Pierre Crocq, *Propriété et garantie*, 1995, nos 244-249; Christian Atias, *Droit civil - Les biens*, 4<sup>e</sup> druk 1999, no 44-a, 8<sup>e</sup> druk 2005, no 77; Julien Scapel, *La notion d'obligation réelle*, 2002, nos 24-25; Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, 1989, Deuxième partie, chapitre 6, p. 242-260, alle met nadere verwijzingen. Zie in Nederland W.J. Zwalm, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europees Privaatrecht*, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 2<sup>e</sup> druk 2003, p. 153-155.

29 Zie het citaat van Threillard bij Julien Scapel, *La notion d'obligation réelle*, 2002, no 24, p. 43, en in iets andere bewoordingen bij Sagaert, *TvP* 2005, p. 1033, te vinden in Locré, *Procès verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du Code Napoléon*, 2<sup>e</sup> druk 1808, tome IV, p. 56-57, respectievelijk tome VI, p. 32 (1<sup>e</sup> druk?). Anders Zwalm, a.w., p. 152, met verwijzing naar Locré, t. VIII, p. 60.

30 Dit argument is terug te voeren op Demolombe, uitvoerig geciteerd in § 3.4.2.2 in het kader van de herkomst van het dogma in het Nederlandse recht.

31 Zie m.n. F. Zénati, de noot in D. 1985, p. 504, onder Civ. 3e, 18 janvier 1984, op p. 505. "Le droit réel dénature la propriété dans ce qu'elle a d'irréductible et fondamental. son caractère *absolu*. Loin de signifier l'omnipotence du propriétaire auquel on le réduit superficiellement, ce caractère exprime la mutation politique profonde réalisée par l'abandon du mode féodal d'appropriation. Cette propriété revulue avait un caractère relatif en ce qu'elle existait à l'égard des uns mais était opposable à d'autres. Le droit réel, qui est issu du système féodal, reproduit cette propriété relative et ne peut dès lors s'envisager en dehors d'un *numerus clausus*. Alors que le propriétaire est maître à l'égard du titulaire du droit réel. Ayant vocation à le déposséder un jour, il est réputé conserver intact le pouvoir de principe attaché à

clausus wordt ontleend aan de omstandigheid dat zakelijke rechten alleen tegenwerpelijk zijn aan derden indien de vestiging gepaard gaat met een vorm van publiciteit, zoals bezitsverschaffing of inschrijving in openbare registers. Voor nieuwe zakelijke rechten met betrekking tot registergoederen is daarom alleen ruimte voor zover het registerstelsel de mogelijkheid van inschrijving ervan biedt.<sup>32</sup>

De thans overheersende opvatting in de Franse doctrine is dat er geen numerus clausus van zakelijke rechten bestaat.<sup>33</sup> In het rechtsverkeer zou dus de vrijheid bestaan om het eigendomsrecht op andere wijzen af te bakenen of te splitsen dan in de Code civil is geregeld. Hierbij is van belang

sa propriete, il ne l'est plus vis-a-vis du titulaire du droit reel qui peut user de la chose comme lui et même en ses lieu et place. On comprend des lors l'importance de l'enjeu constitue par la duree des droits reels. *Un droit reel perpetuel met en cause la conception politique de la propriete.* C'est pour cette raison que, dans le droit intermediaire, les droits feodaux ont ete abolis ou declares rachetables et que le code reglemente les droits reels. Zie ook het kritische commentaar van Zenati in RTDCiv 1993, p. 162-164, op Civ. 3<sup>e</sup>, 4 maart 1992, D. 1992, p. 386, waarin een exclusief gebruiksrecht op een gemeenschappelijke ruimte van een gebouw in mede-eigendom is aangemerkt als een recht met 'un caractere reel et perpetuel', terwijl eeuwigdurende genotsrechten op zaken van anderen onverenigbaar zouden zijn met het stelsel van de wet.

- 32 Tot 1955 verbood een wet van 23 maart 1855 de openbaarmaking van zakelijke rechten *sui generis*. De inschrijfbaarheid van rechten met betrekking tot registergoederen wordt thans bepaald door een Decreet no. 55-22 van 4 januari 1955, *portant reforme de la publicite fonciere*. In art. 28 van dit decreet is bepaald: 'Sont obligatoirement publies au bureau des hypothèques de la situation des immeubles 1° Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes decisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs a) Mutation ou constitution de droits reels immobiliers autres que les privileges et hypothèques, qui sont conserves suivant les modalites prevues au Code civil, ( ) Scapel, a.w., no. 24, p. 43-44, met verwijzing naar Malaunie/Aynes, *Les biens - la publicite fonciere*, 5<sup>e</sup> druk 2002, no. 360, stelt dat op grond van deze bepaling in beginsel alleen de wettelijke typen zakelijke rechten inschrijfbaar zijn. En consequence, si les parties decident de creer par convention un droit reel *sui generis*, il ne pourra pas faire l'objet d'une publication et sera en consequence inopposable aux tiers, sauf a le rattacher a une categorie de l'article 543 du Code civil c'est-a-dire au droit de jouissance, de servitude, d'usage, ou encore au droit de superficie', met daarbij in de noot: 'La pratique a frequemment recours a cette possibilite. Cependant, il est necessaire que le droit cree remplisse les conditions propres a la categorie de rattachement et notamment pour les servitudes, les parties doivent respecter la prohibition de l'article 686 du Code civil des servitudes personnelles.' Zie verder Simler en Delebecque, *Les sûretés - La publicite fonciere*, 2<sup>e</sup> druk 1995, no. 728 maar ook no. 776, ten aanzien van de inschrijfbare rechten. Terre en Lequette, a.w., sub 6 op p. 315 (met veel verwijzingen), maken nog de kanttekening dat de bewaarder van de registers lijdelijk is, zodat er geen controle is op hetgeen wordt gepresenteerd als zakelijk recht. Het publiciteitsargument voor het bestaan van een numerus clausus zou daardoor een deel van zijn kracht hebben verloren.

- 33 Zie de vele verwijzingen bij Terre en Lequette, a.w., sub 6 op p. 315, bij Pierre Crocq, a.w., noot 1 op p. 191, en bij Scapel, a.w., no. 24.

dat er tegelijkertijd consensus over bestaat dat strijd met dwingende wetsbepalingen uiteraard nietigheid oplevert van een door partijen vorm gegeven pretens zakelijk recht. Dit betekent dat niet afgeweken mag worden van de wezenlijke aspecten van de wettelijke typen beperkte rechten. Zo wordt het nutsvereiste voor erfdienstbaarheden dat in art. 686 Cc is neergelegd<sup>34</sup>, strikt gehandhaafd; indien een beperkt recht ten aanzien van een zaak van een ander in feite alleen ten bate van een bepaalde persoon strekt, kan dit recht geen erfdienstbaarheid zijn, maar slechts een recht van vruchtgebruik. Ook het recht van vruchtgebruik kent overigens een dwingendrechtelijke karaktereigenschap; van een zakelijk recht van vruchtgebruik kan geen sprake zijn indien partijen beogen dat het recht eeuwigdurend is.<sup>35</sup> Krachtens art. 617 Cc gaat een vruchtgebruik teniet met de dood van de vruchtgebruiker en door verloop van de maximale termijn.

#### 4.3.3 *Het Franse recht in de praktijk*

Van de vrijheid om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, blijkt overigens niet op grote schaal gebruik te zijn gemaakt. De wettelijke typen beperkte rechten blijken in de praktijk in de meeste behoeften te voldoen.<sup>36</sup>

34 'Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveurs de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.' Uit dit artikel wordt ook afgeleid dat zakelijke rechten nooit kunnen verplichten tot een handelen. Zie hierover in het Franse recht nader Scapel, a w., en V. Sagaert, Real rights and real obligations in Belgian and French law, in Contents of Real Rights, 2004, p. 47-70. Zénati, RTDCiv 1989, p. 577-580, vermeldt in zijn bespreking van een andersluidend arrest - de rechtsopvolger van een aanbesteder werd goederenrechtelijk gehouden geacht om een deel van de te bouwen woningen te reserveren voor de bouwvakkers - dat de Franse wetgever voor dat bijzondere geval heeft voorzien in een bijzondere regeling.

35 Zie Cass. civ. 18 janvier 1984, supra en infra.

36 Er is sprake van geweest, op basis van het arrest Cass. civ. 18 janvier 1984, D. 1985 jur., p. 504 m nt F. Zénati, JCP 1986 II 20547 m nt Barbiéri, dat *un droit d'affichage* als een zakelijk recht *sui generis* kan worden aangemerkt, de eigenaar van een pand dat werd gesplitst, had zich het eeuwige en overdraagbare recht voorbehouden om reclame-affiches te bevestigen aan een buitenmuur. De rechters in lagere instanties hadden dit recht aangemerkt als een recht van vruchtgebruik, waarvan de duur derhalve was beperkt tot het leven van de vruchtgebruiker, de Cour de cassation meende echter dat hiermee hierdoor was miskend dat partijen hadden beoogd een eeuwigdurend en overdraagbaar recht te creëren. Hieruit is afgeleid dat opnieuw werd bevestigd dat partijen de mogelijkheid hebben om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren. Dit is echter weer in twijfel getrokken op basis van een later arrest, Civ. 3e, 19 novembre 1985, D. 1986, p. 497 m nt F. Zénati. Dit arrest betrof een iets ander geval, het reclamebord was aangemerkt als een afzonderlijk appartemen-



Dit geldt ook voor het geval dat speelde in het arrest uit 1834; sinds lange tijd wordt ook door de Cour de cassation erkend dat sprake is van *un droit de superficie*, een opstalrecht.<sup>37</sup>

Het Franse goederenrecht lijkt echter toch oplossingen te bieden voor het probleem van de juridische vormgeving van moderne maatschappelijke wensen. Terré en Lequette besteden in hun commentaar aandacht aan de behoefte die bij complexe grootstedelijke bouwprojecten bestaat aan vormen van horizontale splitsing en andere wijzen van verdeling van ruimte in afzonderlijke modules, zonder dat er gemeenschappelijke ruimten zijn. In hoeverre horizontale splitsing naar Nederlands recht mogelijk is, komt nog in § 6.9.2.2 aan de orde. Het volstaat hier erop te wijzen dat een flexibel eigendomsbegrip de rechtsgeldigheid van *une division en volumes* ten goede komt.<sup>38</sup> In § 6.9.3 wordt ook aandacht besteed aan de maatschappelijke tendens om een eigendomsrecht voor een bepaalde terugkerende periode in het leven te roepen. Dergelijke timeshare-constructies vergen eveneens een flexibel eigendomsbegrip en, meer algemeen, een grote mate van Gestaltungsfreiheit bij de invulling van de inhoud van de zakelijke rechten.<sup>39</sup>

---

mentsrecht. De Cour de cassation besliste dat het appartementsrecht voor deze vorm van mede-eigendom geen ruimte biedt. De annotator Zénati, een fervent tegenstander van openheid in het goederenrecht, leidt hieruit af dat voor le droit d'affichage gebruik dient te worden gemaakt van het vruchtgebruik, of eventueel een erfdienstbaarheid indien er een naburig erf is. In zijn noot bij het eerste arrest is door Barbiéri voorgesteld le droit d'affichage onder te brengen bij een verruimd begrip opstalrecht. Naar de vooralsnog heersende opvattingen in Frankrijk op basis van art. 553 Cc kan een opstalrecht echter alleen dienen ter splitsing van de eigendom van de grond en de gebouwen die daarop staan, zoals ook in de algemeen gangbare benaming *droit de superficie* besloten ligt.

37 Terré en Lequette, sub 5, wijzen erop dat destijds le droit de superficie werd gezien als een bijzondere soort mede-eigendom; aldus laatstelijk een arrest uit 1866. Sindsdien wordt het opstalrecht als een zelfstandig eigendomsrecht aangemerkt, zonder dat sprake is van *un état d'indivision, ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance*. Zie Civ. 16 décembre 1873, D.P. 1874.1.249, vgl. Civ. 3e, 6 mars 1991, J.C.P. 1991.II.21890.

38 Terré en Lequette, sub 7, merken op dat geen sprake is van een nieuw type zakelijk recht: "In ne s'agit pas, en effet, d'un véritable démembrement original des prérogatives du propriétaire, mais d'un partage novateur de l'espace." Hierbij wordt kennelijk voorondersteld dat het Franse eigendomsbegrip een dergelijke ruimtelijke afbakening toelaat. Deze flexibiliteit blijkt ook uit de omstandigheid dat het opstalrecht, le droit de superficie, soms wordt aangemerkt, niet als een beperkt recht, maar als een wijze van uitoefening van een eigendomsrecht. Aldus bijvoorbeeld Zénati, D. 1986, p. 505, noot 8, en Scapel, a.w., nos. 279-284, p. 293-297.

39 In de Franse rechtspraktijk blijkt voor timeshare-constructies gebruik te worden gemaakt van het instrument van een rechtspersoon. Voor Terré en Lequette verklaart dit "la véritable raison pour la manque de vitalité des droits réels *sui generis*": "celui-ci procède probablement de l'engouement pour les personnes morales". Proliférant

Opmerkelijk is dat noch Terré en Lequette, noch de meeste andere Franse auteurs die schrijven over het goederenrecht in het algemeen, in dit kader aandacht besteden aan de zekerheidsrechten en, in het verlengde hiervan, het eigendomsvoorbehoud. Zoals is geconstateerd op basis van de beschouwingen van Wiegand, is juist op dit vlak al snel na de invoering van het BGB de *numerus clausus* in het Duitse goederenrecht onder druk komen te staan. Het Franse recht inzake het eigendomsvoorbehoud heeft een ontwikkeling doorgemaakt die veelbetekenend is voor het antwoord op de vraag in hoeverre een *numerus clausus* bestaat.<sup>40</sup> Tot 1980 heeft de Cour de cassation namelijk stelselmatig beslist dat een eigendomsvoorbehoud vanaf het moment van faillietverklaring van de koper niet meer ingeroepen kan worden. De grond voor deze niet-tegenwerpelijke aan de overige schuldeisers was *la solvabilité apparente* van de koper, in het leven geroepen doordat hem door de verkoper de feitelijke macht over de zaak was verschaft.<sup>41</sup> In 1980 is door middel van een bijzondere wet, de zogenaamde Loi Dubanchet, deze jurisprudentie terzijde gesteld. Sindsdien is een eigendomsvoorbehoud ook effectief na de faillietverklaring van de koper, mits is voldaan aan enige vormvereisten.<sup>42</sup> Bezien vanuit de *numerus clausus* van zakelijke rechten betekent deze ontwikkeling dat de voorbehouden eigendom tot 1980 niet als zekerheidsrecht werd erkend naast de wettelijke typen zekerheidsrechten. De tegenwerpelijke aan derden, een wezenlijk element van een zakelijk recht dat juist in faillissementssituaties cruciaal is, werd aan dit contractuele arrangement onthouden. Sinds 1980 is het eigendomsvoorbehoud wel tegenwerpelijk aan derden; er bestaat nu een wettelijke basis voor dit zakelijke recht, dat daarom wellicht als een nieuw type zekerheidsrecht zou kunnen worden aange-merkt.<sup>43</sup>

---

de manière spectaculaire, les groupements personnalisés ont en matière foncière pris le relais des droits réels.", met verwijzing naar Christian Atias, t.a.p. Zie voor het gebruik van een rechtspersoon ter vermindering van goederenrechtelijke restricties nog § 8.2.3

40 Zie over het eigendomsvoorbehoud in het Franse recht o.a. F. Derrida, *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D. 1980, p. 293-308

41 Derrida, o.c., § 2, maakt duidelijk dat de jurisprudentie bovendien een logisch sluitstuk vormde van het regime van rechtsmiddelen voor de verkoper, dat door erkenning van de rechtsgeldigheid van een eigendomsvoorbehoudsclausule zou worden doorkruist.

42 Loi Dubanchet du 12 mai 1980, nu in essentie verwerkt in art. 121 van de Wet van 25 januari 1985, inzake het faillissementsrecht.

43 Evenals in het Nederlandse recht bestaat in het Franse recht nog onduidelijkheid in hoeverre het voorbehouden eigendomsrecht geheel gelijkgesteld wordt met een zekerheidsrecht. Door de Cour de cassation is inmiddels al wel beslist dat voorbehouden eigendom bij contractuele subrogatie overgaat op de solvens; zie Cass. Com., 15 mars 1988, o.a. D. 1988, 331 note Pérochon, RTDCiv. 1988, p. 791 obs.

Het Franse zekerhedenrecht wordt sterk beïnvloed door bijzondere wetgeving naast de in de Code civil geregelde rechten van pand en hypotheek.<sup>44</sup> Voor de verschaffing van zekerheid aan kredietinstellingen door middel van verpanding en cessie van vorderingen zijn bijzondere regelingen getroffen in de zogenaamde *Lois Dailly*.<sup>45</sup> Uiteindelijk bestaat derhalve voor alle typen zekerheidsrechten een wettelijke basis.<sup>46</sup> Dit betekent niets minder dan dat sprake is van een *numerus clausus* van zekerheidsrechten, zoals ook is gesteld door de française Dahan:

"In French law, a security interest over property is a right in rem and, pursuant to the general principle of the *numerus clausus* of rights in rem, only rights expressly defined by statute can be valid. Parties are not allowed to draft an agreement involving property for security purposes according to their individual needs if these needs fall outside what is provided by law (...). As a result, in order to meet increasing practical needs, the legislator has developed new and specific tools for taking security over movables. The result is a very piecemeal approach, which has led to the adoption of a number of confined laws on highly specific subjects, very much dictated by the circumstances at the time."<sup>47</sup>

---

Bandrac. Zie ook F. Terré en Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000, tome 2, no. 282, sub 6 slot: "Reconnaître à la propriété réservée la qualité de sûreté, c'est sans doute se donner le moyen de mieux la canaliser, mais c'est aussi, à terme, risquer de lui faire perdre la majeure partie de ses attraits."

44 De Code civil zelf bevat nog een bepaling inzake hypotheek, die in de Franse literatuur soms wordt gepresenteerd als een weerslag van het algemene aan art. 543 Cc ten grondslag liggende principe van een *numerus clausus*. Art. 2115 Cc luidt: 'L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi.'

45 In het kader van de bicentenaire van de Code civil is door verschillende commissies geadviseerd over aanpassing van de Code civil aan de moderne maatschappij en de behoeften van het handelsverkeer. Van groot belang is een advies van een commissie onder leiding van M. Grimaldi tot volledige herziening van het gehele zekerhedenrecht, voor hypotheeken op basis van het Duitse model van de Grundschild en voor de andere zekerheden op basis van het Amerikaanse model van Article 9 UCC, dat in het vervolg nog wordt besproken. Zie verder J.H.M. van Erp, Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble?', NTBR 2005/8, p. 350-353, en in WPNR 6674 (2006), p. 537. In het licht van de rechtsvergelijking inzake de *numerus clausus* is van belang te constateren dat herziening van de Code civil betekent dat de nieuwe typen zekerheidsrechten worden geregeld in de wet. De *numerus clausus* wordt zo versterkt en het primaat van de wetgever bij de rechtsontwikkeling onderstreept.

46 In het overzicht van de wettelijke bepalingen in het Nederlandse BW is ook aandacht besteed aan het gesloten stelsel van voorrechten, ook al plegen de voorrechten niet te worden aangemerkt als zakelijke rechten. In het Franse recht is reeds lang geleden beslist dat: "Tout privilège (...) doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi, et il n'est pas permis de l'éteindre à d'autres cas par voie d'analogie.", aldus Req. 18 mai 1831, gerapporteerd en commentariseerd door Terré en Lequette, o.c., no. 283.

47 Frédérique Dahan, *Secured transactions law in Western advanced economies: exposing myths*, BJIBFL 2001, p. 62. Vgl. Crocq, nr. 235 op p. 189, die spreekt van

De numerus clausus van zekerheidsrechten weegt zwaar bij een beschrijving van het stelsel van het Franse goederenrecht; bij zekerheidsrechten zijn immers veel meer dan bij genotsrechten ten aanzien van onroerende zaken de belangen van derden in het geding. Een numerus clausus is bij uitstek een instrument om de tegenwerpelijheid aan derden op basis van de absoluutheid van de goederenrechtelijke rechten te kanaliseren.

#### 4.3.4 Clausulering

Alles overziende kan naar mijn mening worden gesteld dat in het Franse vermogensrecht wel degelijk van een numerus clausus sprake is, zij het dat wat betreft het eigendomsrecht en de beperkte zakelijke genotsrechten een ruime mate van Gestaltungs-freiheit bestaat. Althans in theorie. In feite wordt naar mijn indruk zowel in de rechtspraak als in de doctrine in Frankrijk betrekkelijk strikt de hand gehouden aan de wettelijke 'profielen' van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten en het systeem, de begrippen en de beginselen die aan de wettelijke typen ten grondslag liggen. Het nutsvereiste voor het recht van erfdienstbaarheid en de temporele beperking van het recht van vruchtgebruik zijn al genoemd; ook het jurisprudentiële verzet tegen erkenning van de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud laat zich mede verklaren uit enerzijds de strikte handhaving van de vormvoorschriften voor verpanding en anderzijds het streven naar een begripsmatig zuiver eigendoms-

---

"un des grands principe du droit du crédit, celui du numerus clausus des garanties réelles", met verwijzing naar anderen die het bestaan van een numerus clausus van zekerheidsrechten betwisten op grond van de erkenning van de rechtsgeldigheid van varianten van eigendom met een zekerheidsfunctie. Crocq zelf betwist dat fiduciaire vormen van zekerheidseigendom, inclusief het voorbehouden eigendomsrecht, een inbreuk vormen op de numerus clausus van zekerheidsrechten, op basis van een eigenzinnige interpretatie van het begrip numerus clausus. Z.i. vormen de artt. 2092, 2093 en 2094 Cc het wettelijke fundament van deze numerus clausus: voor afwijkingen van het principe van de paritas creditorum bestaat slechts de ruimte voor zover deze door de wet wordt geboden. De gelijkheid van de schuldeisers is echter volgens Crocq alleen in het geding voor zover het gaat om zakelijke rechten op goederen van de schuldenaar. Bij fiduciaire eigendomsrechten is de gelijkheid van de schuldeisers zo gezien niet in het geding, aangezien de goederen aan anderen toebehoren en buiten de boedel vallen. Crocq leidt hieruit vervolgens af dat bij de vormen van zekerheidseigendom geen sprake kan zijn van een vorm van splitsing waarbij zowel aan de schuldeiser als aan de schuldenaar een zakelijk recht toekomt. Zie nrs. 235 en 251 e.v. Naar mijn mening vormt ook het eigendomsbegrip een aspect van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem; het eigendomsbegrip wordt niet alleen gekenmerkt door het uitgangspunt van onsplitbaarheid, zoals ook door Crocq wordt beschreven, maar tevens door abstractheid en uniformiteit, die bij de vormen van zekerheidseigendom wel degelijk in het geding zijn. Zie § 2.3.5.1 en § 3.7.

begrip. Dit eigendomsbegrip brengt verder mee dat een regeling van de trust in Franse wetsvoorstellen de aard van een bijzondere overeenkomst zonder goederenrechtelijke aanspraak voor de begunstigde heeft en niet die van een bijzondere vorm van gesplitste eigendom.<sup>48</sup>

Al met al lijkt de Franse rechter zich weinig vrijheden bij de erkenning van nieuwe goederenrechtelijke constructies uit het maatschappelijk verkeer te veroorloven en bewaakt hij streng het goederenrechtelijk systeem van de wet. Van een open systeem, een *numerus apertus*, is dus op de keper beschouwd geen sprake. Gezien het accent dat ook Franse voorstanders leggen op de grenzen die besloten liggen in het dwingende systeem van de wet, wijkt het Franse recht nauwelijks af van het Nederlandse, waarin eveneens aan partijen de ruimte wordt gegeven om binnen de wettelijk toegekende kaders een eigen invulling te geven aan de desbetreffende goederenrechtelijke rechten.

#### 4.4 Een open stelsel in een gemengd rechtsstelsel: het Zuid-Afrikaanse goederenrecht

##### 4.4.1 Uitbreiding van het aantal zakelijke rechten

Het recht van Zuid-Afrika<sup>49</sup> pleegt, evenals het recht van Schotland<sup>50</sup> en het recht van Québec<sup>51</sup>, te worden aangemerkt als een hybride of ge-

48 Zie verder Van Erp, t a p , met de vindplaatsen van de wetsvoorstellen

49 Zie vooral C.G. van der Merwe, *Sakereg*, 2<sup>e</sup> druk 1989, hierna te citeren als Van der Merwe (1989), C.G. van der Merwe en M.J. de Waal, *The law of Things and Servitudes*, 1993, hierna te citeren als Van der Merwe/De Waal (1993), C.G. van der Merwe, *Numerus Clausus and the Development of new Real Rights in South Africa*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 99-113, hierna te citeren als Van der Merwe (2004), Derek van der Merwe, *Property in Mixed Legal Systems South Africa*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, p. 355-389, hierna Derek van der Merwe (1996), J.C. Sonnekus, *Property Law in South Africa, Some Aspects Compared with the Position in Some European Civil Law Systems - the Importance of Publicity*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, p. 285-331, hierna te citeren als Sonnekus (1996), M.J. de Waal, *Numerus Clausus and the Development of New Real Rights in South African Law*, vol. 33 *Electronic Journal of Comparative Law* (december 1999), hierna te citeren als De Waal (EJCL), M.J. de Waal, *Identifying Real Rights in South African Law the 'Subtraction from the Dominium' Test and its Application*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 83-98, hierna te citeren als De Waal (2004)

50 Zie over de *numerus clausus* in het Schotse recht R.R.M. Paisley, *Contents of the real right practical problems and dogmatic rigidity*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 115-148, zie ook J.M. Milo, *Sharp vs Thomson en Burnett's Trustees vs Grainger - Convergence of civil law and common law goederenrecht*, NTBR 2005/4, p. 152-160

51 Eén van de andere gemengde rechtsstelsels is dat van de deelstaat Québec in Canada. Dit gemengde rechtsstelsel is interessant, aangezien het vermogensrecht

mengd rechtsstelsel, aangezien het Zuid-Afrikaanse recht is gevoed zowel uit een continentaal-Europese bron - het oude, in Nederland tot 1809 geldende Rooms-Hollandse recht - als uit een Anglo-Amerikaanse bron - het Engelse recht. Het goederenrecht komt vooral uit de Rooms-Hollandse bron; dit betekent dat het goederenrecht wordt beheerst door het Romeinse en het inheemse recht, zoals samengevloeid in het Rooms-Hollandse recht.<sup>52</sup> Het gevolg is dat niet alleen veelvuldig naar de oude Hollandse bronnen wordt verwezen, maar ook dat veel aandacht bestaat voor het nu geldende Nederlandse recht en de Nederlandse doctrine.

In het Zuid-Afrikaanse literatuur wordt gesteld dat in het Zuid-Afrikaanse recht geen *numerus clausus* van zakelijke rechten bestaat.<sup>53</sup> Ten opzichte van de categorieën van het Romeinse recht heeft zich in de loop der jaren een uitbreiding voorgedaan.<sup>54</sup> Sommige nieuwe zakelijke rechten zijn onder te brengen bij de traditionele typen zakelijke rechten, in het bijzonder bij de servituten<sup>55</sup>, namelijk *die reg van trekpad*, *die reg van uit-*

---

geheel is opgetekend in de Quebec Civil Code. Daaruit zijn van belang art 947 ('La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements'), art 1009 ('Les principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficielle') en de opsomming van zakelijke genotsrechten in art 1119 ('L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels'). Québec kent bovendien een wettelijke regeling van de trust in art 1260 e.v. QCC, in titre sixième ('De certains patrimoines d'affectation'), de trust wordt daarin geregeld als een bijzondere vorm van afgescheiden vermogen, dat aan niemand toebehoort, zobijkt uit art 1261 QCC. 'Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel'. Zie nader M. Cantin Cumyn, *The Quebec Trust*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, 2001, p. 73-81.

52 Van der Merwe (1989), p. 7-8 en 10, Derek van der Merwe (1996), p. 358, noot 17 en p. 388.

53 Van der Merwe (1989), p. 9 ("Die geslote aantal (*numerus clausus*) saaklike regte word nie meer in die Suid-Afrikaanse reg erken nie. Voorsiening word dus daarvoor gemaak dat nuwe verskyningsvorme van saaklike regte aan die hand van ekonomiese oorwegings kan ontwikkel"), en p. 66, 468 en 480, Van der Merwe/De Waal (1993), De Waal (EJCL), Van der Merwe (2004), De Waal (2004).

54 Derek van der Merwe (1996) geeft een informatief overzicht dat ook zekerheidsrechten omvat, in het licht van de vraag in hoeverre nieuwe zakelijke rechten hun wortel in de common law vinden.

55 Op basis van het Romeinse recht wordt in de Zuid-Afrikaanse doctrine onderscheid gemaakt tussen de praediale servituten, die zijn gevestigd ten gunste van een erf (het praedium dominans), en de persoonlijke servituten, gevestigd ten behoeve van een persoon. De erfdienstbaarheden uit het Nederlandse recht zijn praediaal. Het vruchtgebruik wordt in de Zuid-Afrikaanse doctrine aangemerkt als een persoonlijk servituut. Zie nader o.a. Derek van der Merwe (1996), p. 381-382, en uitvoerig M.J. de Waal, *Servitudes*, in *Southern Cross*, 1996, p. 788.

span, en de zogenaamde *restrictive conditions* voor de nieuwe stedelijke woongebieden - townships -, die bestaan uit een mix van privaatrechtelijke gebruiksrechten en (semi-)publiekrechtelijke welstandsbepalingen. Een volgens de Zuid-Afrikaanse doctrine geheel nieuwe verschijningsvorm van het zakelijke recht bestaat in de *mineraalregte*, een beperkt zakelijk recht om grondstoffen te delven uit het land van een ander.<sup>56</sup> Verder is bijvoorbeeld in 1973 een bijzondere wettelijke regeling voor de appartementsrechten ingevoerd, dat dit recht anders dan in het Nederlandse recht als een nieuw type zelfstandig zakelijk recht heeft vorm gegeven.<sup>57</sup> De politieke omwenteling in Zuid-Afrika heeft geleid tot nieuwe wetgeving ter bescherming van kopers en gebruikers van grond en van huizen.<sup>58</sup> De nieuwe wettelijke rechten van deze gebruikers moeten worden aangemerkt als nieuwe typen beperkte zakelijke rechten.<sup>59</sup> Verder worden huurcontracten, mits gevestigd in notariële vorm, aangemerkt als zakelijke rechten.<sup>60</sup> Bovendien erkent het Zuid-Afrikaanse recht de rechtsgeldigheid van trusts, zowel in de Engelse vorm waarbij de trustee de eigendom heeft, als in de vorm van het bewind zoals dat in het Nederlandse recht voorkomt. Het trustrecht is inmiddels nader uitgewerkt in de Trust Property Control Act 1989.<sup>61</sup> Ook de zekerheden ten aanzien van roerende zaken en vorderingen, gevestigd door middel van een geregistreerde notariële akte, hebben inmiddels een bijzondere wettelijke regeling gekre-

- 
- 56 Van der Merwe (1989), p. 551 e.v. ("Mineraalregte is 'n voorbeeld van 'n tipies Suid-Afrikaanse beperkte saaklike regt wat as gevolg van die grootskeepse mynbedrywigheide in hierdie land ontwikkel het."); Van der Merwe (2004), p. 102; Derek van der Merwe (1996), p. 385. Het mineraalrecht wordt onderscheiden van het vruchtgebruik, aangezien de bezwaarde zaak niet in stand wordt gehouden, en van het (praediale) recht van erfdienstbaarheid, aangezien niet wordt voldaan aan het vereiste dat de last dient tot nut van een ander erf. Vgl. het recht van krijdelving als een bijzondere vorm van erfdienstbaarheid in het Romeinse recht, vermeld in D. 8, 3, 5, 1, waarover J.H.A. Lokin, *Prota*, § Z 60.
- 57 De Sectional Titles Act of 1971, in het Afrikaans: Wet op de Deeltitels. Een appartementsrecht wordt in het Engels aangeduid als een *sectional title unit*. Zie al het werk van Van der Merwe, o.a. (2004), § 5.
- 58 O.a. Land Reform (Labour Tenants) Act (Act 3 of 1996) en de Extension of Security of Tenure Act (Act 62 of 1997). Zie verder ook Van der Merwe (2004), § 4, 5 en 7.
- 59 Aldus De Waal (EJCL), met verwijzing naar J.M. Pienaar, *Nuwe Sakeregtelike Ontwikkelings op die Gebied van Grondhervorming*, oratie Stellenbosch 1997; J.M. Pienaar, *Farm Workers: Extending Security of Tenure in Terms of Recent Legislation*, 1998 SA Public Law p. 423.
- 60 Zie voor een completer overzicht Van der Merwe (1989), p. 66-67.
- 61 Zie nader M.J. de Waal, *The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust into South African Law*, in: *Trusts in Mixed Legal Systems*, 2001, p. 43-54.

gen<sup>62</sup> Tenslotte verdient vermelding dat in het Zuid-Afrikaanse recht strikt wordt vastgehouden aan het absolute en ongesplitste eigendomsbegrip zoals ontwikkeld in de pandektistische school.<sup>63</sup>

De nieuwe typen zakelijke rechten buiten de *numerus clausus* van uit het Romeinse recht overgeleverde typen en specifieke benoemde varianten daarvan hebben kennelijk alle ofwel een wettelijke grondslag ofwel een specifieke rechterlijke erkenning gekregen. Bij een strikte uitleg van het begrip *numerus clausus* is sprake van een doorbreking. Bij een ruime uitleg, waarin de *numerus clausus* niet beperkt is tot de traditionele, vermeend Romeinsrechtelijke categorieën en waarin de *numerus clausus* mede de in bijzondere wetgeving en in de jurisprudentie erkende typen omvat, is hoogstens sprake van uitbreiding. De grond voor de stelling dat het Zuid-Afrikaanse goederenrecht geen *numerus clausus* kent, ligt daarom elders.

#### 4.4.2 Criteria voor verzakelijking

De openheid van het Zuid-Afrikaanse goederenrecht houdt sterk verband met de *Registrasie van Aktes Wet* uit 1937.<sup>64</sup> Deze wet regelt de inschrijving in openbare registers van de vestiging van rechten ten aanzien van land.

62 Gedoeld wordt op een bijzondere vorm van zekerheid waarvoor geen bezitsverschaffing wordt vereist, genaamd *notariële verbandreg* of *notarial bond*. Hierdoor is deze vorm van zekerheid ook toepasselijk ten aanzien van vorderingsrechten. Voor het ontstaan is voldoende dat inschrijving van een notariële akte in de openbare registers plaatsvindt, zoals mogelijk is op grond van Registrasie van Aktes Wet. Er bestaan twee vormen, enerzijds het notariële verbandreg ten aanzien van een specifieke zaak en anderzijds dat ten aanzien van een algemeenheid van zaken. Deze algemene vorm lijkt te zijn geïnspireerd door de floating charge uit het Engelse recht en vertoont enige gelijkenis met de in Nederland nooit ingevoerde verpanding van een handelszaak. Een notariële verband schept geen zakelijk zekerheidsrecht, maar geeft slechts voorrang bij verhaal op de opbrengst, zoals nader geregeld in de Security by Means of Movable Property Act 57 uit 1993. Zie verder Van der Merwe (1989), p. 667-673; Derek van der Merwe (1996), p. 384.

63 Zie De Waal (2004), noot 11; Van der Merwe (2004), p. 113; Derek van der Merwe (1996), p. 365. Zie uitvoerig J. R. L. Milton, *Ownership*, in: Southern Cross, 1996, h. 20, § VII. Milton stelt op p. 697, noot 253, met verwijzing naar A. J. van der Walt, *The South African Law of Ownership: a historical and philosophical perspective*, De Jure 1992, p. 446 op p. 455, dat het meest gezaghebbende handboek over het Zuid-Afrikaanse zakenrecht, van C. G. van der Merwe (1989), geheel is geplaatst in de sleutel van de pandektistische terminologie en methodologie. Opvallend is dat hierbij wordt vermeld dat Van der Merwe sterk is geïnspireerd door Asser-Mijnssen 3-I (1985) en 3-II (1990), "a work based upon the pandectist version of property law". Van der Merwe verwijst overigens ook veelvuldig naar het Duitse handboek van Baur en Stürner over het Duitse zakenrecht, eveneens een sterk pandektistisch georiënteerde bron.

64 De Deeds Registries Act, wet no. 47 uit 1937.



Deze inschrijvingsmogelijkheid is beperkt tot zakelijke rechten; persoonlijke rechten ten aanzien van land kunnen niet worden ingeschreven, tenzij het persoonlijke recht 'complementary or otherwise ancillary to' een inschrijfbaar zakelijk recht is.<sup>65</sup> Deze Registratiewet somt de bestaande categorieën zakelijke rechten op als inschrijfbaar rechten; hierin wordt een vorm van wettelijke bekrachtiging van alle bestaande typen gezien. Cruciaal voor de numerus apertus is echter de bepaling dat ook registratie mogelijk is van niet uitdrukkelijk in de wet vermelde zakelijke rechten.<sup>66</sup> Op basis van deze bepaling, die strikt genomen slechts de registratiemogelijkheden betreft, wordt aangenomen dat het mogelijk is dat in het maatschappelijk verkeer nieuwe typen zakelijke rechten worden gecreëerd.<sup>67</sup>

Aangezien de bewaarders van de registers in de praktijk voor de beslissing kwamen te staan of het recht dat werd gecreëerd in een aangeboden akte een zakelijk recht dan wel een persoonlijk recht is, rees uiteraard de vraag wanneer sprake is van een zakelijk recht. Om deze te beantwoorden, zijn in de jurisprudentie twee cumulatieve criteria ontwikkeld.<sup>68</sup> Het

---

65 Art 63 van de Registrasie van Aktes Wet (getiteld 'Beperking op registrasie van regte oor onroerende goed'), lid 1 'Geen akte, of voorwaarde in 'n akte, wat 'n persoonlike reg in verband met onroerende goed heet te vestig of waarin so 'n reg uitgedruk staan, en geen voorwaarde wat nie die uitoefening van eiendomsreg in verband met onroerende goed beperk nie, is vir registrasie vatbaar nie Met dien verstande dat 'n akte wat so 'n voorwaarde soos voormeld bevat, geregistreer kan word indien, volgens die mening van die registrateur, daardie voorwaarde aanvullend is tot of andersins diensbaar is aan 'n registreerbare voorwaarde of reg wat in die akte vervat is of verleen word.' Het tweede gedeelte van deze bepaling is toegevoegd in 1973 Bij inschrijving op deze grondslag verandert het persoonlijke recht niet van karakter, het blijft een persoonlijk recht Zie o a Van der Merwe (1989), p 477, en (2004), § 6.

66 Art 3(1) sub (r). 'Die registrateur moet, met inagneming van die bepalings van hierdie Wet (.) saaklike regte wat nie uitdruklik in hierdie subartikel genoem word nie, en die oordrag, wysiging of opheffing van sulke geregistreeerde regte registreer, (.)'

67 Zie o a. Van der Merwe (1989), p 67 Interessant is dat, evenals in het Franse recht, de openheid van het goederenrechtelijk systeem ten aanzien van registergoederen dus mede wordt bepaald door de mogelijkheden die de regels inzake het registerstelsel bieden. Vgl. Van der Merwe (2004), p 99 "The question of whether a right is real or personal has become entangled with the logically different issue of what may competently be registered in the Deeds Office Although the Registrar of Deed is not allowed to register personal rights, personal rights are from time to time registered without it being clear whether such registration has proprietary consequences"

68 In wezen is dus sprake van drie vereisten voor de vestiging van een zakelijk recht, niet alleen moet zijn voldaan aan de twee te bespreken criteria, ook moet ofwel registratie hebben plaatsgevonden ofwel bezit van de te bezwaren zaak zijn verschaft

eerste is dat het de bedoeling moet zijn geweest van degene die het recht ten aanzien van een stuk grond vestigt, dat dit recht niet slechts aan de huidige eigenaar van die grond maar ook aan zijn rechtsopvolgers tegenwerpelijk is. Dit betekent dat beoogd moet zijn de eigenaar niet persoonlijk maar in zijn hoedanigheid van rechthebbende te binden.

Het tweede criterium waaraan moet zijn voldaan wil sprake kunnen zijn van een zakelijk recht, wordt de 'subtraction from the dominium-test' genoemd.<sup>69</sup> Dit criterium, dat in de rechtspraak sinds 1893 is ontwikkeld maar inmiddels een wettelijk aanknopingspunt heeft<sup>70</sup>, lijkt een val voor rechtsvergelijkers te zijn. Voor dit criterium zijn in de rechtspraak in de loop der tijden verschillende formuleringen gebruikt. Aangezien de test soms is verwoord als de vraag of sprake is van 'diminution of ownership' of zelfs 'diminution of the bundle of rights comprising a type of ownership', is de verleiding groot om de test te vereenzelvigen met het afsplitsingsmodel, dat in de Nederlandse doctrine wordt gehanteerd ter verklaring van de aard van een beperkt recht.<sup>71</sup> Met 'subtraction from the dominium' lijkt echter meer te worden bedoeld op het vereiste dat een verplichting ten laste komt van de eigendom zelf in plaats van ten laste van de persoon van de eigenaar.<sup>72</sup> De test is op basis van oudere jurispruden-

69 Zie Van der Merwe (1989), p. 73-83, Van der Merwe/De Waal (1993), § 48-50, De Waal (EJCL); en uitvoering De Waal (2004).

70 In het al geciteerde art. 63 van de Registratie van Aktes Wet (getiteld 'Beperking op registratie van regte oor onroerende goed') staat dat het moet gaan om een recht of een voorwaarde dat een *beperking van het eigendomsrecht* met betrekking tot onroerend goed betreft '(...) restrict the exercise of any right of ownership in respect of immovable property (...) / 'die uitoefening van eiendomsreg in verband met onroerende goed beperk'.

71 Zie over het afsplitsingsmodel § 6.2. In dit model is de verklaring van een verplichting tot een doen ten laste van de moedergerechtigde problematisch, aangezien de bevoegdheden van een eigenaar behoudens burennrechtelijke verplichtingen nooit verplichtingen tot een doen omvatten, kan van afsplitsing geen sprake zijn. Op basis van de regel *servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo*, afgeleid uit D. 8,1,15,1, wordt ook in het Zuid-Afrikaanse recht aangenomen dat een zakelijk recht in beginsel geen verplichtingen tot een doen kan meebrengen. Zie uitvoering over hetgeen ook 'the passivity principle' wordt genoemd: De Waal, in Southern Cross, p. 799-803. Van der Merwe (2004), p. 112, lijkt te suggereren dat dit beginsel beperkt zou moeten blijven tot het recht inzake erfdienstbaarheden. Noch De Waal noch Van der Merwe brengen dit beginsel in verband met het dogmatisch model waarin een beperkt recht bestaat uit een bundel bevoegdheden die zijn afgesplitst uit het eigendomsrecht.

72 De Waal (2004), p. 86 "a real right which another person holds with regard to one's own land brings about a subtraction from or diminution of the normal powers of use, enjoyment, alienation or disposal inherent in one's ownership. Only a right that has this effect on a person's own ownership of land is by nature real and thus registrable."

tie in 1999 opnieuw verwoord in *Denel (Pty) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd and Another*:

"One compares the right in question and the correlative obligation to see whether the obligation is a burden upon the land itself or whether it is something which is to be performed by the owner personally. If it is the former, the right is capable of being a real right. If it is the latter, it cannot be a real right. In order to ascertain whether the obligation is a burden upon the land two useful concepts which have been used are that the curtailment of the owner's rights must be something in relation to the enjoyment of the land in the physical sense ( ), or that the obligations 'affect the land' or 'run with the land'."<sup>73</sup>

De test doet nog het meest denken aan het in Nederland inmiddels afgeschafte nutsvereiste voor erfdienstbaarheden, maar dan aan passieve zijde: de verplichting die correspondeert met het gevestigde recht, moet ten laste komen van de eigendom zelf, niet van de persoon van de specifieke eigenaar op dat moment.<sup>74</sup> Op een aantal omstreden uitzonderingen na, zijn bijvoorbeeld de rechten die corresponderen met een verplichting van de eigenaar tot betaling van een geldsom in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak op basis van deze test niet aangemerkt als zakelijke rechten die voor registratie in aanmerking komen.<sup>75</sup> In de genoemde *Denel* zaak werd een beperking van de gebruiksmogelijkheden van een stuk land wel als een zakelijk recht aangemerkt, maar het terugkoop-voorkeursrecht niet.

De toepassing van de test blijkt in de praktijk problematisch te zijn. De rechtspraak toont dat de test in een groot aantal gevallen heeft geleid tot ongelukkige, onvoorziene, onjuiste en zelfs onverenigbare beslissingen. Van der Merwe schrijft kritisch:

"Neither legal dogmatics nor precedent provides a workable criterion by which one can distinguish between real and personal rights. This shows that the distinction between these rights does not depend on the inherent nature of them but rather on the rules of the system. These rules are often the result of historical development and expediency rather than logic ( ). The time is perhaps right for the legislature

73 1999 (2) SA 419 (T), op p. 435, passages E-F, die voortbouwen op vooral de zaak *Lorentz v Melle* uit 1978. Zie uitvoerig De Waal (2004), p. 94.

74 Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden betekende dat de erfdienstbaarheid ten nutte van het heersende erf zelf moest komen. Indien in een concreet geval slechts de gerechtigde persoonlijk baat had bij de erfdienstbaarheid, maar een andere persoon in zijn schoenen er niet beter van zou worden, was niet voldaan aan het nutsvereiste. Overigens is de precieze toepassing van het nutsvereiste in alle rechtsstelsels even problematisch als die van de subtraction-test. Zie nader over het nutsvereiste in het Zuid-Afrikaanse recht De Waal, in *Southern Cross*, p. 795-799, die het overigens niet in verband brengt met de subtraction from dominium-test voor de beoordeling of sprake is van een zakelijk recht.

75 Zie de analyse van zes uitspraken door De Waal (2004), § 3.2, p. 87 e.v.

to draw up a complete list of real rights or to recognize new types of real rights when the need arises. Until then the courts have to continue to recognize new real rights on the analogy of existing categories. Whichever way is chosen, new categories of real rights should only be recognized when the need for such rights arises ( ) In recognizing new categories of real rights, it should, however, always be kept in mind that it is against public policy to burden land by proliferating the categories of real rights."<sup>76</sup>

De Waal voegt hieraan nog toe dat de subtraction-test onvoldoende is geent op beleidsmatige overwegingen en rechtspolitieke keuzen; hoewel over het algemeen terughoudendheid zou moeten worden betracht bij de erkenning van nieuwe typen zakelijke rechten, zou bijvoorbeeld sociaal beleid ter bescherming van sociaal zwakkeren een betere rechtvaardiging kunnen opleveren voor de erkenning van nieuwe zakelijke rechten dan de subtraction-test.<sup>77</sup>

#### 4.4.3 Een kwestie van rechterlijke motivering

Al met al is het Zuid-Afrikaanse zakenrecht illustratief voor de problemen die zich voordoen indien een *numerus clausus* ontbreekt.<sup>78</sup> De vrijheid voor justitiabelen om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, noodzaakt de dogmatiek en de jurisprudentie tot de ontwikkeling van heldere criteria om zakelijke van persoonlijke rechten te onderscheiden. Hierbij kan nog worden aangetekend dat eventuele nieuwe typen zakelijke rechten meestal neerkomen op nieuwe, benoemde species van een reeds bestaand type zakelijk recht.

Bovendien moet voor ogen worden gehouden dat in een open stelsel de rechtsgeldigheid van nieuwe zakelijke rechten uiteindelijk eveneens steeds afhankelijk is van rechterlijke erkenning; ook wanneer het stelsel ruimte biedt aan een grotere variatie van zakelijke rechten, staat het zakelijke karakter van het recht pas vast, zodra het is erkend in het algemeen

76 Van der Merwe (1989), p. 82, Van der Merwe/De Waal (1993), § 50, met verwijzingen naar passages uit de rechtspraak, De Waal (EJCL)

77 De Waal (EJCL), conclusie, en uitvoerig (2004), § 4

78 De relevantie van het feit dat het Zuid-Afrika een gemengd rechtstelsel kent, is minder gering. Aangezien het zakenrecht van Rooms-Hollandse oorsprong is en daardoor nog steeds wordt beheerst, ligt daarin de verklaring voor het ontbreken van een *numerus clausus*. De Engelse component in het Zuid-Afrikaanse recht heeft waarschijnlijk wel tot gevolg gehad dat de langdurige lease is gekwalificeerd als zakelijk recht, waarover Van der Merwe (2004), § 4, p. 104-106. Zie verder Derek van der Merwe (1996)

door de wetgever of in het bijzonder door een rechter.<sup>79</sup> Het verschil tussen een open en een gesloten goederenrechtelijk stelsel is zo gezien een kwestie van de wijze waarop de rechter motiveert dat sprake is van een zakelijk recht. In een gesloten stelsel beoordeelt de rechter de verenigbaarheid met de wettelijke typen, terwijl de rechter in een open stelsel beoordeelt of is voldaan aan algemene criteria voor zakelijkheid.

## 4.5 De Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke stelsels

### 4.5.1 De numerus clausus als dogmatisch novum

Het fenomeen van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten heeft in de doctrine in Groot-Brittannië en in de Verenigde Staten van Amerika nooit veel aandacht gekregen. Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Ten eerste ontbreekt in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels een alomvattende codificatie. Er heeft weliswaar altijd veel wetgeving bestaan, maar deze *statutes* betreffen steeds specifieke deelonderwerpen van het recht; de wettelijke bepalingen plegen daarom strikt te worden toegepast en hun reikwijdte wordt restrictief geïnterpreteerd.

Ten tweede kan waarschijnlijk in algemene zin worden gesteld dat de doctrine in beide landen veel minder dogmatisch is ingesteld dan die op het continent van Europa, in ieder geval ten opzichte van de pandektistische stroming. Vooral in de Verenigde Staten werd dogmatiek gelijkgesteld met *formalism*, een in brede kring verfoeide wijze van rechtswetenschapsbeoefening sinds de opkomst van de stroming van het legal realism op basis van de rede van Oliver Wendell Holmes uit 1897, *The Path of the Law*.<sup>80</sup> Het pandektistische dogma van een numerus clausus in het bijzon-

79 Hier steekt de rechtstheoretische kwestie de kop op in hoeverre recht kan bestaan buiten de wetgever en de rechter om. De zakelijkheid van een subjectief recht komt pas vast te staan wanneer rechtsmiddelen tot handhaving ervan worden gesanctioneerd door een rechter. Deze benadering ligt in wezen ten grondslag aan het Romeinse actie-stelsel. Hiertegenover staat de vaststelling dat subjectieve rechten in het rechtsverkeer ook zonder rechterlijke tussenkomst bestaan, naarmate de verwachting dat het recht desnoods zal worden beschermd, groter is, bijvoorbeeld doordat het sterk gelijkt op een wettelijk of jurisprudentieel erkend type zakelijk recht, of omdat het voldoet aan de algemeen aanvaarde criteria voor derdenwerking, bestaat aan rechterlijke erkenning van de rechtsgeldigheid minder behoefte.

80 Het formalisme is door de 'realisten' vooral met Christopher Columbus Langdell (1826-1906) geassocieerd, destijds de decaan van Harvard Law School. De realisten hebben steeds de indruk gewekt dat het formalisme kenmerkend was voor de gehele Amerikaanse wetenschapsbeoefening en grote delen van de rechtspraktijk in de 19<sup>e</sup> eeuw. Zo werd een mythisch bastion gecreeerd waartegen de zogenaamde vernieuwingsbeweging fel in de aanval kon. In hoeverre de benadering van Langdell werkelijk werd gedeeld door zijn generatiegenoten, is overigens maar de vraag.

der laat zich gemakkelijk kenschetsen als een voorbeeld van een verwerpelijke overwinning van *form over substance*.<sup>81</sup>

Ten derde is noch in het Engelse recht noch in het Amerikaanse recht een scherp onderscheid gemaakt tussen het goederenrecht enerzijds en het verbintenissenrecht anderzijds. De Savigniaanse dichotomie is nooit tot ontwikkeling gekomen.<sup>82</sup>

Ten vierde speelt waarschijnlijk een rol dat het Amerikaanse eigendomsconcept sterk is beïnvloed door twee beroemde artikelen van Wesley N. Hohfeld uit 1913 en 1917.<sup>83</sup> Sindsdien worden goederenrechtelijke rechten in de Amerikaanse doctrine vooral in termen van rechtsverhoudingen tussen personen gedacht.<sup>84</sup> Dientengevolge is de absoluteitheid van goederenrechtelijke rechten geen prominent gegeven. Het is echter juist de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten erga omnes die ten grondslag ligt aan het denken in termen van een *numerus clausus*. Ook in het Engelse recht heeft de term *ownership* geen vaste betekenis; het kan een breed scala aan typen goederenrechtelijke rechten omvatten.<sup>85</sup> Van een absoluut eigendomsbegrip, dat de continentale rechtstraditie kenmerkt, is geen sprake. De term *ownership* heeft slechts de weinig ge-

---

81 Zie de scherpe bewoordingen van Vera Bolgár, *Why no Trusts in the Civil law?*, (1953) 2 *Am.J.Comp. Law* 204-219 op p. 214: "The *numerus clausus* rule, on the other hand, which has no apparent practical value, might well be left to the museum of *Begriffsjurisprudenz*."

82 Rank-Berenschot, diss., p. 335 en titel hoofdstuk XII, refereert aan 'de oude dichotomie'. Van Erp, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 149, rept in de titel van § 1 van 'The Great Divide: Contract and Property'.

83 Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale L.J.* (1913) p. 12 en 26 *Yale L.J.* (1917) p. 710, later o.a. in 2001 gebundeld door David Campbell en Philip Thomas. Hohfeld wordt beschouwd als een belangrijke vertegenwoordiger van de genoemde stroming die met *legal realism* wordt aangeduid.

84 Zie Merrill, Thomas W., Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 *Yale L.J.* (2001) p. 357-398. Deze Amerikanen pleiten voor herwaardering in de Amerikaanse doctrine van de karakterisering van eigendom als een absoluut recht op een zaak met werking erga omnes.

85 Vgl. E.L.G. Tyler en N.E. Palmer, *Crossly Vaines on Personal Property*, 5<sup>e</sup> druk 1973, p. 30: "It is possible, and, perhaps, even desirable, to write a treatise on English law without defining ownership or mentioning it as a juridical conception." Zie ook F.H. Lawson en Bernard Rudden, *The law of property*, 2<sup>e</sup> druk 1982, hoofdstuk VII (*Ownership*), p. 114: "It must be said from the outset that the word is not very often used in the professional literature of English law, that is to say, in authoritative writings such as enactments and reports of decided cases; and that where the word *owner* is sporadically used in statutes it has been given many different meanings, sometimes in the definition sections of the statutes."

concretiseerde betekenis dat de rechthebbende een sterke aanspraak kan doen gelden jegens derden.<sup>86</sup>

De pandektistische totaliteitsgedachte verschilt in theoretisch opzicht sterk van het Anglo-Amerikaanse concept van eigendom.<sup>87</sup> De term *ownership* heeft een bredere betekenis dan het eigendomsrecht omdat het ook gebruikt wordt om de positie te beschrijven van sommige anderen dan de juridische eigenaar in continentale zin. Conceptueel wordt *ownership* in de vooral de Amerikaanse doctrine beschouwd als een *bundle of rights*, een veelomvattend samenstel aan bevoegdheden.<sup>88</sup> Het verschil met het pandectistische eigendomsbegrip zit vermoedelijk slechts in de

86 F.H. Lawson en Bernard Rudden, *The law of property*, 2<sup>e</sup> druk 1982, ch. VII (Ownership), p. 115: "when the term *ownership* is used in relation to title, it is merely contrasted with *possession*, and means little more than *title*, or at most a title with no obviously better title outstanding. The owner is a person who has something better than mere possession. But no technical significance attaches to the term, for what he alleges in an action to recover possession is that he has a right to immediate possession of the thing which is almost invariably relative.", vgl. de beschrijving van de trust op p. 102: "English law in effect said that both trustee and beneficiary own the property in different ways, or, more accurately, that neither owns the property in the strict Roman sense of the term ownership, but each owns a different interest in it, called respectively the legal estate and the equitable interest. It says that to ask in such a situation who owns the physical object is an improper question", en op p. 104: "it would not be grossly inaccurate to say that the trustee owns the individual assets comprised in the trust property, though his ownership is limited by the rights enjoyed by the beneficiary, and is not available to the former's creditors." Vgl. C.Æ. Uniken Venema, Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (bespreking NVIR preadviezen van Dyer en Van Loon), WPNR 5727-5729 (1985), in 5728, p. 114, nr. 23: wat wordt aangeduid met *ownership*, zijn eigenlijk 'bezitsrechten', een aanspraak op het houden en gebruiken van een goed, die geldt zo lang door derden geen betere rechten worden aangetoond. Er is sprake van "een *ownership*-begrip, dat de absolute betekenis mist die kenmerkend is voor het continentale eigendomsbegrip en dat slechts een relatieve aanspraak - een 'better title' - vertegenwoordigt. (...) Essentieel is het structurele verschil en niet het terminologische verschil. enerzijds een relatief title- of ownership-begrip, anderzijds een absoluut eigendomsbegrip." Zie ook Zwolve, *Common Law & Civil Law*, 2000, p. 104.

87 Zie nader G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom*, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 35; Zwolve, a.w., p. 100 e.v.; Uniken Venema, a.w., WPNR 5727 (1985), p. 90-96, nrs. 14-20, en WPNR 5728, p. 113-115, nrs. 21-25. Zie ook de citaten in § 7.5.2.1.

88 Van den Bergh, a.w., citeert op p. 80 de Britse auteurs P. Stein en J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh 1974, op p. 216. Zie uitvoerig J.E. Penner, *The "Bundle Of Rights" Picture Of Property*, (1996) 43 UCLA L. Rev., p. 711-820 (ook weergegeven in: *The Idea of Property Law*, Oxford, 1997, h. 4-6), die op p. 712, noot 3, de herkomst van dit beeld zoekt in het baanbrekende artikel van Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions As Applied In Judicial Reasoning*, uit 1917. In de meest fundamentele uiteenzetting van het Engelse goederenrecht, de zowel land als personal property law omvattende inleiding van Lawson en Rudden, 2<sup>e</sup> druk 1982, heb ik een dergelijke karakterisering overigens niet aangetroffen; wel wordt op p. 2 van dit werk eigendom als een *bag of tools* gekenschetst.

pretentie dat het eigendomsrecht meer omvat dan alle denkbare bevoegdheden bij elkaar

#### 4.5.2 De mythe van de openheid

Het is de verdienste van de Engelse rechtsvergelyker Bernard Rudden dat de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten uit de civil law familie in de context van het gehele Anglo-Amerikaanse goederenrecht is gezien. Voordien was slechts in de context van de trust in de Anglo-Amerikaanse doctrine zijdelings aandacht besteed aan het verschijnsel van een *numerus clausus*.<sup>89</sup> De kern van de beschouwingen van Rudden uit 1987, die in het volgende hoofdstuk uitvoerig worden beschreven, bestaat uit de analyse van de argumenten ten gunste van een *numerus clausus*. Hij laat zich daarbij ook over het bestaan van een *numerus clausus* in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels uit, maar zijn beschouwingen zijn opgebouwd rond de vraag waarom in de meeste rechtsstelsels geen mogelijkheid bestaat om een verplichting tot een doen tot de inhoud van een erfdiensbaarheid te maken. Uit de door hem weergegeven citaten uit de Engelse en de Amerikaanse jurisprudentie blijkt dat reeds halverwege de 19<sup>e</sup> eeuw algemeen werd aangenomen dat het niet mogelijk was om nieuwe typen rechten te creëren.<sup>90</sup> De meest genoemde uitspraak is die van Lord Brougham, de Lord Chancellor, in de zaak *Keppell v Bailey* uit 1834

incidents of a novel kind cannot be devised and attached to property at the fancy or caprice of any owner.<sup>91</sup>

89 Rudden, a w, 1987. Zie voorheen in de context van de trust o.a. Vera Bolgar, *Why no Trusts in the Civil law?*, (1953) 2 Am J Comp Law 204-219, J.H. Merryman, *Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, (1963) 12 Am J Comp Law 224-231.

90 Zie bijv. *Hill v Tupper* 159 Eng Rep 51 op p. 53, (1863) 2 H&C 121 op p. 127. A new species of incorporeal hereditament cannot be created at the will and pleasure of the owner of property, but he must content to accept the estate and the right to dispose of it subject to the law as settled by decisions and controlled by Act of Parliament. Uitvoerder geciteerd bij W. Swadling, *Property - General principles*, in *English Private Law*, 2000, vol. I, § 4.11.

91 *Keppell v Bailey* 39 Eng Rep 1042 op p. 1049 (Ch. 1834), (1834) 2 My & K 517 op p. 535. Deze zaak wordt ook beschreven door Swadling, a w, § 4.12, en uitvoerig door Merrill en Smith op p. 17 en 25-26, die in noot 106 bovendien speculeren 'when this hostility toward the creation of new forms of property entered English law', waarbij zij verwijzen naar *Chudleigh's case*, een uitspraak van de King's Bench uit de jaren 1589-1595, 1 Co. Rep. 113b, 76 Eng Rep 261.



Sindsdien worden de nieuwe typen rechten die partijen van een goederenrechtelijk jasje zouden willen voorzien, vaak aangeduid als *fancies*; het zijn de nieuwe typen die buiten de numerus clausus zouden vallen. Een afwijkende benadering, waarin algemene criteria zijn geformuleerd voor de erkenning van een recht als een zakelijk recht, heeft in de Engelse rechtspraak nooit gevolg gekregen.<sup>92</sup> De algemene strekking van de bevestigingen van Rudden is dan ook dat alle rechtsstelsels, inclusief de stelsels uit de common law traditie, worden gekenmerkt door een numerus clausus:

"In all 'non-feudal' systems with which I am familiar (whether earlier, as at Rome, or later), the pattern is (in very general terms) similar: there are less than a dozen sorts of property entitlement. (...) In very general terms, then, all systems limit, or at least greatly restrict, the creation of real rights: 'fancies' are for contract, not property."<sup>93</sup>

De constatering dat ook de stelsels uit de common law traditie worden gekenmerkt door een numerus clausus, is onderschreven en verder onderbouwd door de Amerikanen Thomas Merrill en Henry Smith in een artikel in de *Yale Law Journal* uit 2000.<sup>94</sup> Zij betrekken het gehele Amerikaanse goederenrecht in hun beschouwingen, inclusief het recht inzake roerende zaken en het intellectuele eigendomsrecht. Het is de moeite waard hun inventarisatie wat nader te beschouwen, aangezien daardoor een aantal opmerkelijke verschillen van invalshoek naar voren komt.

Merrill en Smith hebben de typen goederenrechtelijke rechten onderverdeeld in vijf groepen. De eerste groep bestaat uit de 'estates in land',

---

92 Beroemd is de opsomming van criteria door Lord Wilberforce in *National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth*, [1965] AC 1175, op p. 1247-8: "Before a right or an interest can be admitted into the category of property, or of a right affecting property, it must be definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability." Zie nader ook Swadling, § 4.14, die *Ashburn Anstalt v. Arnold*, [1989] Ch. 1 CA, vermeldt als voorbeeld van een zaak waarin deze benadering niet is gevolgd. Swadling, in § 4.18-35, besteedt uitvoerig aandacht aan de vraag of in het Engelse recht voor het equity-recht evenzeer geldt dat sprake is van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten als voor het common law-recht. Daarbij duidt hij bijvoorbeeld het lossingsrecht van de hypotheekgever en sommige aanspraken op grond van zaaksvervanging aan als extra typen goederenrechtelijke rechten uit de equity-bron. De conclusie is echter dat uiteindelijk in equity dezelfde terughoudendheid bestaat bij de erkenning van nieuwe typen property interests als in de common law.

93 Rudden, a.w., p. 241 resp. 243. Zo ook, maar beschouwend en relativerender: Rudden, in Lawson/Rudden, *The Law of Property*, 3<sup>e</sup> druk 2002, p. 194-195. Vgl. Swadling, a.w., § 4.11-4.14.

94 Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L.J. (2000) p. 1-70.

het best te omschrijven als exclusieve gebruiksrechten ten aanzien van onroerende zaken waarvan de gerechtigde ook bezitter is. Deze rechten bieden weliswaar exclusieve gebruiksrechten, maar van eigendom in Nederlandse zin kan niet worden gesproken, aangezien de meeste van deze estates in de tijd beperkt zijn.<sup>95</sup> In deze groep vallen vijf typen, de fee simple absolute, de defeasible fee simple, de fee tail, de life estate en de lease. Sommige van deze typen komen ook voor in de vorm van een op termijn te verkrijgen recht, een zogenaamde future interest, die elk een eigen benaming hebben gekregen: de zogenaamde reversions, powers of termination, remainders en executory interests, met enige nadere subtypen. De algemene consensus is dat deze lijst limitatief is; het systeem van estates in land heeft een 'formalistic, box-like structure', waaraan rechters strikte toepassing geven.<sup>96</sup>

De tweede groep in de inventarisatie van Merrill en Smith bestaat uit de 'concurrent interests in land'. Gedoeld wordt op vijf varianten van mede-eigendom: tenancy in common, joint tenancy, marital property, trusts en de subgroep bestaande uit condominiums, cooperatives en time-shares.<sup>97</sup> In de Amerikaanse doctrine worden deze verschillende vormen van mede-eigendom van onroerende zaken kennelijk beschouwd als afzonderlijke typen goederenrechtelijke rechten. Deze typen zijn in het Amerikaanse recht wel aan fundamentele verandering en uitbreiding onderhevig geweest, maar steeds lag daaraan een wetswijziging of een nieuwe bijzondere wet ten grondslag.

De derde groep is aangeduid als 'nonpossessory interests in land'. Naar onze maatstaven gaat het om beperkte rechten, want deze interests worden omschreven als 'interests that confer only limited rights of use as opposed to general possession'. Vier typen worden in het Amerikaanse

95 Lawson/Rudden, a.w., 2002, p. 79-80, preciseert dat de tijdsdimensie de essentie vormt van het estate-concept. Het gaat dan vooral om het gebruiksrecht dat is gekoppeld aan een bepaalde periode.

96 Merrill en Smith, a.w., p. 13: "In practice, courts enforce the *numerus clausus* principle strictly (although of course not by name) in the context of estates in land. The menu of forms is regarded as complete and not subject to additions.", met in noot 41: "Indeed, the usual complaint is that there are too many recognized types of future interests, and that legislation should be adopted simplifying the existing menu of options." En op p. 14: "with respect to the most basic legal dimensions, such as duration, powers of alienation, rights of inheritance, and so forth, the system of estates in land present the picture of highly standardized building blocks not subject to modification by contract or judicial decree."

97 Swadling, o.c., § 4.326 e.v., stelt voor het engelse recht dat er in de common law twee soorten mede-eigendom zijn: joint tenancy en tenancy in common. Trusts worden door hem afzonderlijk behandeld. Gemeenschappelijk marital property is niet een afzonderlijke vorm, maar een verschijningsvorm van één van de genoemde typen. Zie ook Lawson/Rudden, a.w., 2002, p. 92-96.

recht onderscheiden: easements, real covenants, equitable servitudes en profits. De equitable servitude blijkt een product te zijn geweest van rechterlijke innovatie van het goederenrecht, maar dit in 1848 in de rechtspraak ontstane, nieuwe type erfdiensbaarheid is al snel op allerlei wijzen ingekapseld. Ondanks deze inbreuk op de numerus clausus, is volgens Merrill en Smith ook ten aanzien van deze groep interests sprake van een beperkt aantal dat niet door rechterlijke erkenning van nieuwe typen wordt uitgebreid.

De vierde groep bestaat uit alle interests in 'personal property', ongetwijfeld te verstaan als roerende zaken maar vermoedelijk ook mede als vorderingsrechten op naam. Merkwaardigerwijs is niet met zekerheid te zeggen welke typen rechten ten aanzien van personal property bestaan. Soms wordt aangenomen dat in beginsel alle denkbare rechten ten aanzien van 'real property', oftewel grond en onroerende zaken, in beginsel ook ten aanzien van roerende zaken gevestigd kunnen worden, afgezien van uitdrukkelijke wettelijke uitzonderingen. In de praktijk blijken de meeste typen interests in land niet voor te komen ten aanzien van personal property. De better view is dus dat het aantal interests in personal property veel beperkter is.<sup>98</sup> Enige twijfel bestaat ten aanzien van de equitable servitude, maar de meesten nemen aan dat geen equitable servitude ten laste van personal property kan worden gevestigd. In theorie is wel denkbaar dat sommige zogenaamde future interests worden gevestigd op personal property, maar in de praktijk wordt daarvoor tegenwoordig vrijwel altijd gebruik gemaakt van de trust.<sup>99</sup> Aan de trust wordt in het vervolg nog nadere aandacht besteed.

De vijfde en laatste groep van interests behoort tot de categorie 'intellectual property' waarvan genoemd worden patents, copyrights, trademarks en trade secrets. Merrill en Smith stellen dat de numerus clausus in dit deel van het recht het zwakst is; weliswaar is sprake van grote stabiliteit in de erkenning van de vier genoemde typen intellectuele eigendomsrechten, maar de numerus clausus kent toch een tweetal inbreuken.

---

98 Zie ook het gezaghebbende Engelse werk van J. Crossley Vaines, *Personal Property*, 2<sup>e</sup> druk 1957, p. 7-8: "We should pause here to emphasize what now appears as a fundamental distinction between land and chattels; land is held at common law by tenure and the tenant's interest is defined as an estate; chattels are not the subject of tenurial rights; they can be fully owned and estates in chattels, e.g., in tail or for life, are not possible at law, though limited interests may now exist in personalty by way of trust in manner essentially the same as in the case of realty." Zie verder Swadling, § 4.186, en Zwalm, *Common Law & Civil Law*, 2000, p. 174 en 294.

99 Merrill en Smith, a.w., p. 18: "The reality is that virtually anyone who wants to created complicated future interests in personal property, including of course stocks, bonds, and shares in mutual funds - the largest source of wealth in today's society - does so through a trust."

In de rechtspraak in sommige staten is ten eerste erkenning verleend aan 'the right to prevent the misappropriation of information in news dispatches, even if the information is not copyrighted and is not a trade secret'. Ten tweede is in veel staten the 'right of publicity' erkend, het recht 'which protects the images and voices of celebrities from commercial exploitation without their consent', in het Nederlandse recht bekend als het portretrecht.<sup>100</sup> Aangezien ten tijde van de judiciële erkenning voor beide typen rechten geen wettelijke basis bestond, merken Merrill en Smith aan als inbreuken op de *numerus clausus*.

De conclusie die Merrill en Smith uit deze inventarisatie trekken, is dat in het Amerikaanse recht wel degelijk een *numerus clausus* bestaat van goederenrechtelijke rechten, die bovendien alleen door wetgeving wordt gewijzigd:

"In the final analysis, the idea that property interests may be created only in limited numbers of standardized forms has a very odd status in the common law. If one observes what lawyers and judges do, it is clear that the *numerus clausus* exerts a powerful hold on the system of property rights. At the core of the system - the system of estates in land - there has been little deviation from the doctrine of fixed estates. The major departures that do exist, such as the creation of the equitable servitude and the right of publicity, have been relatively few in number and have been concentrated in the fringe areas of property rights, such as nonpossessory interests and noncore intellectual property. Moreover, from the perspective of the practicing lawyer, the entire system presents the picture of a fixed menu of options from which deviations will not be permitted. The chances of persuading a court to create a new type of property in any particular case are too remote to be taken seriously. In this respect, property law has always been and continues to be very different from contract law.

If one examines the official doctrine and the reasoning of the few cases that test the validity of the idea, however, the *numerus clausus* appears to have penetrated the consciousness of the common-law lawyers only weakly. Perhaps the best characterization of the status of the *numerus clausus* in American common law is that it is simply a fact about the way in which the system of property rights operates. The fact is so patent and obvious, so deeply entrenched, that it is rarely commented upon. But because it is so rarely commented upon, common-law lawyers have little to say in its defense when it is challenged."<sup>101</sup>

100 Met het 'right of publicity' wordt bedoeld op het portretrecht: "it protects the images and voices of celebrities from commercial exploitation without their consent".

101 Merrill en Smith, a.w., p. 23-24. Zie ook p. 10-11: "it is reasonably clear that common-law courts *behave* toward property rights very much like civil-law courts do: They treat previously-recognized forms of property as a closed list that can be modified only by the legislature. This behaviour cannot be attributed to any explicit or implicit command of the legislature. It is best described as a norm of judicial self-governance. Jurisprudentially speaking, the *numerus clausus* functions in the common law much like a canon of interpretation, (..), or a strong default rule in the interpretation of property rights."

Zo bezien is de afwezigheid van de numerus clausus in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels een mythe.<sup>102</sup>

#### 4.5.3 Bevindingen

In deze inventarisatie van het Amerikaanse goederenrecht door Merrill en Smith springt een aantal impliciete veronderstellingen en onderscheidingen in het oog. Ten eerste worden *real property* en *personal property* apart gezet, conform de diepgewortelde traditie in het Engelse recht en de Anglo-Amerikaanse wetenschap.<sup>103</sup> De classificatie is niet gebaseerd op de typen goederenrechtelijke rechten, maar op de objecten van die rechten.

Ten tweede worden de verschillende vormen van mede-eigendom behandeld als afzonderlijke typen van rechten. In de continentale traditie pleegt mede-eigendom te worden geanalyseerd als een variant van het gerechtigd zijn tot een normaal eigendomsrecht. In deze benadering ligt het accent meer bij de aard van het type rechtsverhouding tot een goed dan bij de pluraliteit van rechtssubjecten. De Amerikaanse benadering is wellicht zuiverder; zij brengt beter tot uiting dat mede-gerechtigdheid een andere vorm creëert van het gerechtigd zijn tot een goed. Elk type goederenrechtelijk recht bestaat uit een rechtsverhouding tussen een rechtssubject en een object.<sup>104</sup> Niet alleen het type rechtsverhouding - volledig genots-

102 Anders de skeptische reactie van Henry Hansmann en Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, *Journal of Legal Studies* 31 (2002) 2, p. 373-420, § XIII, p. 417: "it is understandable that the common law has no formal doctrine equivalent to the civil law's *numerus clausus* and accompanying unitary theory of property rights. The occasional judicial pronouncements to the contrary not infrequently have the appearance of make-weight efforts to bolster holdings that are at bottom motivated by narrower considerations of policy. For example, the supposed doctrine that U.S. law will not permit creation of a servitude on a chattel has been invoked most conspicuously in cases involving manufacturers' efforts to impose restrictions on use of their products, such as resale price maintenance. The courts' rejection of these efforts was evidently motivated by considerations of competition policy that had nothing to do with the problems of notice that generally lie behind the law's unaccommodating approach to divided property rights. Indeed, the restrictive covenants in these cases imposed few problems of notice, and their rejection on that ground would be hard to justify."

103 Ooit golden heel verschillende erfrechtelijke regels voor de twee categorieën. Bovendien waren de remedies verschillend: bij inbreuk op een recht ten aanzien van *personal property* kon alleen schadevergoeding worden verkregen, en bestond geen mogelijkheid tot revindicatie. Zie Swadling, a.w., § 4.46-48.

104 Min of meer op deze grond is het overzicht van gesloten stelsels in andere rechtsgebieden van het Nederlandse recht in § 2.4 afgesloten met de conclusie dat de gesloten stelsels van het goederenrecht en van het rechtspersonenrecht wezenlijk op elkaar lijken, het gaat bij beide stelsels om de wijzen van gerechtigd zijn tot een

recht, beperkt genotsrecht in enigerlei vorm, zekerheidsrecht -, maar ook het type gerechtigdheid - mede-eigendom in enigerlei vorm - bepaalt welke typen rechten in het maatschappelijk verkeer kunnen worden gebruikt. Aangezien derhalve ook de varianten van mede-gerechtigd zijn deel uitmaken van de *numerus clausus*, staan zij niet ter vrije dispositie van partijen; het wettelijk stramien voor gemeenschap in titel 3.7 BW is dan ook in beginsel dwingendrechtelijk, zij het dat bij de invulling ervan aan de deelgenoten veel ruimte wordt gelaten. Titel 3.7 BW vertoont aldus grote gelijkenis met de dwingende wettelijke regeling van de verschillende typen beperkte rechten (Typenfixierung), waarbij het BW van 1992 een ruimte mate van invullingsvrijheid toekent aan de partijen die het beperkte recht vestigen (*Gestaltungsfreiheit*).<sup>105</sup>

Opvallend is ten derde dat, in Nederlandse termen, alleen de rechten op zaken en de rechten op 'voortbrengselen van de geest' in de inventarisatie zijn opgenomen.<sup>106</sup> De goederenrechtelijke rechten op vorderingsrechten komen helemaal niet ter sprake, althans niet explicite. Wellicht zijn ze gevat onder de term 'personal property'.

In het verlengde hiervan ligt de vierde constatering dat de inventarisatie alleen genotsrechten omvat; de zekerheidsrechten komen in de classificatie niet voor. Juist ten aanzien van de zekerheidsrechten in het Engelse recht heeft Goode gesteld dat sprake is van een *numerus clausus*.<sup>107</sup> Ook

---

goed, zowel wat betreft de aard van de rechtsverhouding tot een goed als wat betreft de wijzen van rechtssubject zijn

105 Ziebezien dient de gemeenschap in het licht van de *numerus clausus* naast de typen beperkte rechten te worden geplaatst. De gelijkenis blijkt treffend uit NvW I Inv. bij afd. 3.7.2 (d.d. 3 oktober 1983), PG Inv. 3, p. 1303. "Wel verdient hierbij aandacht dat in titel 3.7 - evenals elders in het zakenrecht - sprake is van dwingend recht, tenzij uitdrukkelijk is aangegeven dat - met zakenrechtelijk gevolg - kan worden afgeweken, hetgeen hier wordt aangegeven met de woorden 'tenzij een regeling anders bepaalt'. Met zie de toelichting van het driemanschap bij Boek 5, Inleidende opmerkingen, punt 10, PG Boek 5, blz. 4, waaruit tevens duidelijk wordt dat dit niet uitsluit dat tussen bepaalde partijen met uitsluitend obligatoire werking anders bedongen wordt."

106 Vgl. J.H. Dalhuisen, *European Private Law. Moving from a Closed to an Open System of Proprietary Rights*, Edinburgh L. Rev. 5 (2001) p. 10. "The common law practises in essence an open system (in equity for chattels and intangibles to which this discussion will be limited) and allows the splitting-off of economic income and user rights in a proprietary manner."

107 Zie David E. Allan, *Security: Some Mysteries, Myths, & Monstrosities*, met een reactie van Roy Goode, *Security: a Pragmatic Conceptualist's Response*, Monash University Law Review 15 (1989), p. 337-360 resp. 361-369, m.n. Allan, op p. 339. "The common law recognizes security but cannot define it except in relation to its functions, with the result that in the common law there is no correspondence to the *numerus clausus* of the civil law", versus Goode, op p. 362. "As it seems to me, though the circumstances in which a security interest may arise are infinitely

het Amerikaanse recht inzake zekerheidsrechten op 'personal property' is buiten beschouwing gebleven. Dit is jammer, want het Amerikaanse zekerhedenrecht heeft een heel nieuwe dimensie geschapen voor het model van een numerus clausus. Deze verdient hierna nog enige nadere aandacht. Vervolgens komt ook de trust nog aan de orde; binnen de numerus clausus wordt aan de trust immers vaak de rol van het Paard van Troje toegedacht.<sup>108</sup>

#### 4.5.4 Art. 9 UCC: de numerus clausus voorbij

De Uniform Commercial Code is een modelwet die in alle staten van Amerika in grotendeels dezelfde vorm is overgenomen in statelijke wetgeving. Vrijwel het gehele recht inzake 'secured transactions' is neergelegd in Article 9.<sup>109</sup> De eerste versie van dit 'boek' van de Commercial

---

varied, there are four and only four types of consensual security known to the common law: lien, pledge, mortgage and charge. This is disputed by Allan, who argues that the common law, unlike the civil law, possesses no *numerus clausus* of security interests." Zie ook uitdrukkelijk Court of appeal rechter Millett in *Re Cosslett (Contractors) Ltd*, [1997] Ch 23, [1997] 4 All ER 115 op p. 126c: "There are only four kinds of consensual security known to English law: (i) pledge; (ii) contractual lien; (iii) equitable charge and (iv) mortgage.", met vervolgens een korte uiteenzetting van de verschillen. Zie voor een overzicht van alle vormen van zekerheid in het Engelse recht: Lionel Smith, in: *English Private Law*, 2000, vol. I, ch. 5, en Michael G. Bridge, *The English Law of Real Security*, *Eur.Rev. Private Law* 2002/4, p. 483-508.

- 108 Geen afzonderlijke aandacht wordt besteed aan een rechtsfiguur uit het Engelse recht, die in de literatuur nauwelijks wordt behandeld maar in de rechtspraktijk een grote rol speelt: de zogenaamde *power*. De verlening van een power komt neer op de verlening van beschikkingsmacht aan de ander dan de rechthebbende, maar doet ook denken aan de verlening van een wilsrecht. Zie Lawson, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VI, Ch. 2, *Structural Variations in Property Law*, 1975, § 2-39 op p. 29: "A third form of fragmentation separates the *jus abutendi* from the other elements in ownership, by conferring on a person a power to dispose of an interest which does not belong to him. Some such powers, for instance the familiar power of a pledgee to sell the object pledged to him, are known to the CIVIL LAW. More interesting is the so-called *power of appointment*, which is peculiar to the COMMON LAW. (...) a *general power* is for many purposes treated as an interest vested in the donee." Zie over powers ook Swadling, o.c., § 4.265, en literatuur over trusts, die meestal betekenen dat aan een trustee uitgebreide powers worden toegerekend. Dergelijke powers vertonen een interessante parallel met de bevoegdheden met derdenwerking met betrekking tot een goed, die aan de orde komen in § 7.8.
- 109 Een nu verouderd standaardwerk over het Amerikaanse zekerhedenrecht, voor en na invoering van Article 9 UCC, is van Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, in 2 delen, 1965. Zie verder James J. White en Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, in 4 delen, 4<sup>e</sup> druk 1995, deel 4. Zie in Nederland: A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*, diss. Leiden, 1970; H.C. Sigman, *WPNR* 6214 (1996); en mijn bijdrage, *De betekenis van het Anglo-Amerikaanse*

Code is in 1962 gereed gekomen.<sup>110</sup> In 1999 is een sterk gewijzigde versie tot stand gebracht - 'Revised Article 9 UCC' -, die sinds 1 juli 2001 in vrijwel alle staten van kracht is.

Voorafgaande aan de invoering van Article 9 UCC kende het recht in de Amerikaanse staten een grote variëteit aan zekerheidsconstructies, mede als gevolg van een federale uitspraak die de verschaffing van zekerheid flink in de weg zat. In 1925 besliste de Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Benedict v. Ratner* dat de bevoegdheid voor de zekerheidsgever om verpande vorderingen te innen en over de opbrengst te beschikken, misleiding oplevert van zijn andere crediteuren.<sup>111</sup> Zo ook de bevoegdheid voor de zekerheidsgever om met de in zekerheid gegeven goederen te handelen in het kader van de normale bedrijfsuitoefening; elke vorm van *dominion* over de zekerheidsgoederen werd onverenigbaar geacht met het concept van een zekerheidsrecht. In het oude Amerikaanse zekerhedenrecht is vervolgens een breed scala aan alternatieve constructies met een zekerheidsfunctie verder tot ontwikkeling gekomen, zoals *field warehousing*, *trust receipts* en *factor's liens*. Het zekerhedenrecht was verknipt, inconsistent en inadequaat.

Article 9 UCC is opgezet volgens een radicaal ander stramien.<sup>112</sup> De meest fundamentele breuk met het verleden is, wat wordt genoemd, de functionele benadering van het concept zekerheid.<sup>113</sup> Alle juridische

---

zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en Article 9 Uniform Commercial Code over bepaaldheid en publiciteit, *Ars Aequi* mei 1998, Bijzonder nummer Anglo-Amerikaans recht, p. 65-84.

110 Bij de totstandkoming van de eerste versie van de Uniform Commercial Code heeft Karl Llewellyn een grote rol gespeeld. Hij was een prominente vertegenwoordiger van de al genoemde legal realism movement. Deze Amerikaan was geschoold in Duitsland en had in de Eerste Wereldoorlog aan Duitse zijde meegevochten, daarbij onderscheiden met een ijzeren kruis. Zijn kennis van de civil law is van invloed geweest op delen van de UCC, zie Shael Herman, Llewellyn the Civilian. *Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code*, (1982) 56 Tul. L. Rev. 1125.

111 268 US 353, 45 S. Ct. 566, 69 L. Ed. 991 (1925).

112 Part 1 van Revised Art. 9 geeft definities (zie vooral § 9-102 en 103) en het toepassingsbereik, Part 2 betreft de geldigheid van de zekerheidsovereenkomst en de rechten van de partijen, Part 3 betreft de werking jegens derden en geeft regels inzake 'perfection' van een zekerheidsrecht en de prioriteitsregels, Part 4 geeft onder de kop 'rights of third parties' regels inzake de werking van onoverdraagbaarheidsbedingen, Part 5 de kennisgeving van de kredietrelatie ('filing'), Part 6 de executie-maatregelen ('default'), en tenslotte Part 7 het overgangsrecht ten opzichte van de oude versie van Art. 9.

113 Zie over de functionele benadering, ook wel bekend als het *substance over form*-principe, o.a. de kritische analyse van Roderick A. McDonald, *Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, 'la présomption d'hypothèque' et le*



constructies, met welke benaming dan ook, die de functie en de strekking hebben aan één van de partijen zekerheid te verschaffen voor betaling van een vordering of voor het verrichten van een prestatie, worden beheerst door het uniforme regime van art. 9; de economische realiteit, in plaats van de door partijen gekozen juridische bewoordingen, is doorslaggevend. Eén van de fundamenteën van Article 9 is de generieke benadering van het concept zekerheidsrecht.<sup>114</sup> Hierbij speelt uitdrukkelijk geen rol wie eigenaar is van het goed.<sup>115</sup> Dientengevolge vallen ook financieringsconstructies die zijn gebaseerd op de verschaffing van het eigendoms-

principe de 'l'essence de l'opération', in *Mélanges Germain Brière*, 1993, p. 527-592; en verder, buiten de Amerikaanse literatuur: Ronald C.C. Cuming, *The Internationalization of Secured Financing Law. the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny*, in: *Making Commercial Law* (Goode-bundel), 1997, ch. 22; Michael Bridge, Roderick A. Macdonald, Ralph L. Simmonds and Catherine Walsh, *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, (1999) 44 McGill LJ 567. Zie verder Allen met reactie van Roy Goode, a.w. Zie ook mijn bijdrage aan *Op Recht* (Struyckenbundel), 1996, getiteld *De geschonden fiducia in het goederenrecht, over form en substance*, p. 337-351.

- 114 De generieke benadering blijkt het duidelijkst uit een bepaling uit de oude versie van Art. 9 ('Former Article 9'), namelijk FA § 9-102(1)(a): '(...) *this Article applies to any transaction (regardless of its form) which is intended to create a security interest in personal property (...)*'. De (geobjectiveerde) intentie om een security interest te creëren, is dus het criterium. In Revised Art. 9 is deze bepaling in minder krachtige termen terug te vinden in RA § 9-109(a)(1); volgens het officiële commentaar bij deze bepaling is met de versimpeling echter geen materiële wijziging beoogd. Vgl. ook Official Comment 2 bij RA § 9-109(a)(1): "When a security interest is created, this Article applies regardless of the form of the transaction or the name that parties have given to it." Voor het cruciale begrip 'security interest' moeten de algemene bepalingen van de UCC worden bekeken, vooral § 1-201(37), waarvan de eerste zin luidt. "'Security interest' means an interest in personal property (...) which secures payment or performance of an obligation." Daarop volgen eerst een aantal verduidelijkingen zoals bijvoorbeeld ten aanzien van eigendomsvoorbehoud, en vervolgens een hele waslijst met indicaties voor het onderscheid tussen een echte lease, waarop sinds 1987 Art. 2A van toepassing is, en leases die een zekerheidsfuncties vervullen, waarop Art. 9 van toepassing is. Deze criteria zijn losgelaten op het Nederlandse Sogelease-arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119) door H.C. Sigman, in WPNR 6214 (1996). Zie ook J.B. Vegter, *True leases and secured transactions under the UCC*, in: *Molengrafica* 1994, pp. 163-190; C.Æ. Uniken Venema, *Lease-vormen in verband met voorschriften betreffende zekerheidsverschaffing; een rechtsvergelijkende blik op Amerikaans recht*, in: *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief*, M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), 1995, p. 261-298; en W.J. Zwalve, *Import van 'Lease' en 'Sale & Lease Back'*, BW-Krant Jaarboek 13 (1997). De volledige inhoud van § 1-201(37) is ook te vinden in de Losbladige Vermogensrecht, aant. 38 bij art. 3:84 lid 3. In Official Comment 37 bij RA § 1-201(37) blijkt ook waarom de verwijzing naar de intentie van partijen uit o.a. RA § 9-109(a)(1) is verdwenen: gebleken is dat in de rechtspraak op basis van dit criterium regelmatig verkeerde conclusies werden getrokken ten aanzien van het rechtskarakter van een transactie.

- 115 Zie uitdrukkelijk RA § 9-202: '(...) *the provisions of this article with regard to rights and obligations apply whether title to collateral is in the secured party or the debtor.*'

recht, zoals het eigendomsvoorbehoud, financial leases en huurkoop, binnen de reikwijdte van Article 9. Op al dergelijke constructies en op vrijwel alle vormen van zakelijke zekerheid zijn dus dezelfde regels van toepassing voor o.a. de vestiging van het zekerheidsrecht, de publiciteitsvereisten, de geldigheid jegens derden, de prioriteit van de verschillende zekerheidsgerechtigden, en de executie van het zekerheidsrecht.<sup>116</sup> Daarom is het nauwelijks terzake om nog verder te spreken in termen van pledge of chattel mortgage of wat ook, op basis van de functionele benadering is alles nu een *Article 9 security interest*.

Met de functionele benadering van Article 9 UCC gaat men de *numerus clausus* voorbij: enerzijds bestaat volledige vrijheid om elke vorm van zekerheidsrecht naar eigen believen te creëren, anderzijds worden alle gecreeerde rechten met een zekerheidsfunctie op dezelfde wijze behandeld. Op de wijze die de Verenigde Staten ook anderszins kenmerkt, fungeert Art. 9 UCC als een smeltende pot, waarin alle denkbare typen zekerheidsrechten worden omgesmeed tot in essentie dezelfde aanspraak. Er bestaat nog steeds ruimte voor partijen om zelf het zekerheidsrecht vorm te geven, maar deze *Gestaltungsfreiheit* betreft niet zozeer inroepbaarheid van de Art. 9 security interest in de verhouding tot andere schuldeisers als wel de onderlinge verhouding tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer en dan nog slechts binnen de strikte wettelijke kaders. De aan de partijautonomie toegekende ruimte is daarbij steeds gebaseerd op uitdrukkelijk in de toelichting geformuleerde rechtspolitieke keuzes en uitgangspunten.

#### 4.5.5 De trust als breekijzer

De trust uit de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels stelt continentaal-Europese dogmatici voor raadsels. Merrill en Smith noemen de trust in hun inventarisatie slechts twee keren, een keer als een vorm van mede-eigendom en één keer als alternatief voor de vestiging van een 'future interest in personal property'. Implicite ligt in hun beschrijving besloten dat de

---

116 Goode heeft erop gewezen dat wel verschillende regels gelden op basis van de aard van de security interest, zie Goode, *Security: a Pragmatic Conceptualist's Response*, *Monash University Law Review* 15 (1989), p. 365. 'The strength of Article 9 is that it provides a unified concept of security, so that we need no longer distinguish for security purposes between a mortgage, a charge and a reservation of title under a hire-purchase or conditional sale agreement. But the distinction may be relevant for other purposes, e.g. in resolving a priority dispute between the holder of an Article 9 security interest and a party claiming an equitable tracing right as bailor of goods wrongfully disposed of by his bailee. Moreover, even Article 9 finds it necessary to maintain a distinction between possessory and non-possessory security.'

trust geen inbreuk vormt op de numerus clausus. In de continentaal-Europese doctrine pleegt de trust echter wel te worden gekwalificeerd als de grootst mogelijke opening van het gesloten systeem van het goederenrecht, bijvoorbeeld door Zwolve:

"Men dient steeds te blijven bedenken dat de 'trust'-creatie belangrijke wijzigingen in de eigendomsverhoudingen (in de ruimste zin van het woord) realiseert en daarbij dus per definitie de positie en de belangen van derden betreft. Het meest fundamentele aspect van de 'trust', te weten de principieel goederenrechtelijke aard daarvan, dient, met andere woorden, nimmer uit het oog te worden verloren. Het Anglo-Amerikaanse recht heeft daardoor niets meer of minder dan een in wezen open stelsel van zakelijke rechten gecreeerd. Daarvan kan met enig recht worden gezegd dat het 'in het Nederlandse recht met zijn gesloten stelsel van zakelijke rechten niet goed past' <sup>117</sup>

Zwolve presenteert hier de trust als een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid van derden. Vermoedelijk doelt hij op de positie van degenen die van de trustee onder bijzondere titel een recht op een vermogensbestanddeel van de trust verkrijgen.<sup>118</sup>

---

117 Zwolve, RM Themis 2000/6, recensie *Principles of European Trust Law*, p. 248, m.k., en in vergelijkbare zin, in *Common Law & Civil Law*, 2000, p. 379. Vgl. Terre en Lequette, a.w., no. 60 (Caquelard), sub 9 op p. 318 ("Le trust provoque ainsi un demembrement du droit de propriété étranger aux conceptions françaises ( ) [L'application de tels demembrements] n'est à l'evidence concevable que si l'on considère qu'il est possible de s'abstraire des modèles du code civil"), W.F. Fratcher, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1973, vol. VII, ch. 11, noot 109, D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, 1995, p. 344. Geert Raaijmakers, *De externe werking van een trustverhouding tegenover derden naar Engels en Nederlands recht*, in: AAe 43 (1995) 5, Bijzonder nummer *Rechtsvergelijking*, p. 331-339, bijdragen aan *Trusts in mixed legal systems*, AAe 2001, *Principles of European Trust Law*, 1999, D.W. Aertsen, *De trust*, diss. Nijmegen, 2004. Vgl. Arthur Nussbaum, *Sociological and Comparative Aspects of the Trust*, (1938) 38 Col. L. Rev., p. 420: "the rights *in rem* are few and only available in forms rigidly delineated by the law 'Autonomy' of the parties, namely their liberty to mould their legal relations according to their individual needs and desires, is recognized by civil law with regard to contracts, but this has not been extended to property. As a result, the civil law of property is simpler and clearer than the corresponding common law, and it is better fitted for a progressive land-book system which is facilitated by the exclusive availability of a definite number of clear-cut property rights. The valuable simplicity of the civil law system would be considerably diminished by the adoption of the trust concept, and this is particularly true if we remember that a nation can borrow a foreign legal concept, but cannot borrow a tradition of centuries. Without such a tradition the flexibility and 'evasiveness' of trusts would be still more dangerous than in the countries of its origin."

118 Er zijn naast de rechtsverwikkende onder bijzondere titel van de trustee nog drie andere groepen derden bij een trust betrokken, ten eerste schuldeisers van de trustee, wier verhaalsmogelijkheden door de aanspraken van de beneficiarissen worden beperkt, ten tweede degenen die onder algemene titel opvolgen in de rechts-

Merrill en Smith zien dit anders. Zij erkennen dat de constructie van de trust het mogelijk maakt allerlei gecompliceerde, tegenwoordige en toekomstige rechten toe te kennen aan de belanghebbenden, maar zien daar juist geen been in:

"The reality is that virtually anyone who wants to create complicated future interests in personal property, including of course stocks, bonds, and shares in mutual funds - the largest source of wealth in today's society - does so through a trust. The trustee holds title to the personal property in fee simple, and the beneficiaries hold life estates and remainders, or sometimes more unusual interests, described using the building blocks of the common-law estates in land. In effect, the trust combines a highly simplified title in the underlying assets with a significant degree of flexibility in designating the beneficial uses of those assets."<sup>119</sup>

De trust is in deze analyse niet een afzonderlijk type goederenrechtelijk recht, maar een arrangement dat is opgetrokken op de basis van een gewoon en volledig eigendomsrecht. Degene die handelen met de trustee verkrijgen het gewone eigendomsrecht dat de trustee zelf heeft; daarbij worden ze volgens Merrill en Smith niet gehinderd door eventuele aanspraken van de beneficiaries. Zouden hun aanspraken wel tegenwerpelijk zijn aan de verkrijgers onder bijzondere titel, dan zou in rechtseconomische termen, die nog uitvoerig aan de orde komen, sprake zijn van kosten ten laste van deze derden. Deze kosten zouden zich bij de trust nu juist

---

positie van de trustee, en ten derde degenen die van de beneficiaries rechten verkrijgen. Bedacht moet worden dat de schuldeisers van de trustee hoogstens een ongerechtvaardigde uitbreiding van hun verhaalsmogelijkheden verkrijgen doordat vermogensbestanddelen op naam van een trustee wordt gesteld. Degenen uit de tweede groep zijn niet echt derden, althans niet vanuit het perspectief van de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten, aangezien rechtsopvolgers onder algemene titel ook aan contractuele verplichtingen van hun rechtsvoorganger zijn gebonden. In hoeverre de derde groep derden bestaat, is afhankelijk van de aard van de trust, wanneer sprake is van een *discretionary of purpose* trust, zijn meestal helemaal geen concrete beneficiaries aan te wijzen zolang de trustees niet tot toekenning van een aanspraak zijn overgegaan. In andere gevallen kunnen bepaalde personen wel concrete aanspraken hebben, die wellicht aan anderen zouden kunnen worden overgedragen. Wellicht moet men hierin de verkrijging van een heel bijzonder type eigendomsrecht zien, maar plausibeler is het te denken in termen van verkrijging een eigendomsverwachting, oftewel levering van een toekomstig recht. Hieraan doet niet af dat in het specifieke geval dat vaststaat wie alle beneficiaries zijn en zij alle meerderjarig en *compos mentis* zijn, zij op basis van de regel die is geformuleerd in de uitspraak *Saunders v Vautier* uit 1841 over kunnen gaan tot opheffing van de trust en verdeling van het trustvermogen. Tot het moment van verdeling is de situatie dan enigszins vergelijkbaar met een bijzondere gemeenschap in de zin van afdeling 3:7.2 BW, ook naar Nederlands recht is de positie van degene die van een van de deelgenoten een recht verkrijgt, dan niet onbepikt

119 Merrill en Smith, p. 18

niet voordoen, blijkt uit een analyse van Merrill en Smith naar aanleiding van het fenomeen van de voorwaardelijke levering van een goed:

"Conditions that cut short a possessory interest or trigger the creation of a future interest, are one instance in which the law permits significant variation in an attribute of property rights that is not visible. (...) In any event, these sorts of conditions are today almost always found in trusts, where they serve as guides to the trustee in distributing the fruits of the trust among different beneficiaries, other market participants deal only with the underlying trusts assets, which are held by the trustee in fee simple. The widespread use of trusts, in other words, has made possible the continued use of nonstandardized conditions, without at the same time imposing large measurement costs on other market participants."<sup>120</sup>

Het is duidelijk dat de trust in de perceptie van de Amerikanen Merrill en Smith niet het breekijzer voor de numerus clausus is dat Zwelve zich voorstelt. In hun benadering beïnvloeden de voorwaarden de aanspraken op de vruchten van de trust in plaats van de tot de trust behorende goederen zelf.

Dit verschil van inzicht hangt waarschijnlijk samen met een analyse van de aard van de trust en in het bijzonder van de aard van de aanspraken van de beneficiaries. In de continentaal-Europese literatuur wordt meestal veel accent gelegd op de derdenwerking van een trust, in die zin dat de verkrijger van een goed dat onder het trustverband valt, zelf eveneens gebonden is aan de trust en de beneficiaries hun aanspraken jegens

---

120 Merrill en Smith, p. 34, noot 130; zie over *conditions* ook p. 14. Zie ook Merrill en Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 Columbia LR (2001) 773, p. 848-849: "The popularity of the trust as a means of managing property for the benefit of one or more beneficiaries has rendered the third-party information costs associated with such exotic interests far more manageable. The corpus of the trust can be bought and sold, invested and reinvested, leased and mortgaged, in the sound discretion of the trustee as if the property were an undivided fee simple. The complexities of dividing the fruits of these efforts among different generations and classes need not trouble the third parties who deal with the trustee as the manager of the trust corpus. The division is a concern only of the settlor, the trustee, and the beneficiaries, and is dealt with among them as a matter of in personam obligation. In effect, the trust is a brilliant device that allows for considerable customization of beneficial interests using the building blocks of the old common law - thereby reducing the frustration costst associated with strict regimentation of property forms - while at the same time consolidating the assets used to fund these beneficial interests in a form that minimizes third party information costs." Verder Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, 55 Stanford LR (2003) 1105, p. 1190: "Even the trust, that quintessential creation of equity, is designed to hide much informational complication behind the trust form where only the settlor, the trustee, and the beneficiary - but not potential purchasers and others in the "world" at large - have to process the complexity."

deze verkrijger kunnen blijven uitoefenen.<sup>121</sup> Hier wordt niet uitvoerig op het trustrecht van Engeland en van de Verenigde Staten ingegaan, aangezien volstaan kan worden met de veronderstelling dat deze soep meestal niet zo heet wordt gegeten. Hiervoor zijn drie redenen te geven. Ten eerste geldt dat de *bona fide purchaser for value without notice* vrij van *equitable interests* verkrijgt; aangezien juist de aanspraken van beneficiaries gebaseerd zijn op het equity-recht en de verkrijger de common law-title tot de goederen verkrijgt van de trustee, bewerkstelligt dit derdenbeschermingsregime in veel gevallen dat de derdenverkrijgers de onbelaste eigendom verkrijgen.<sup>122</sup> Ten tweede zijn bij sommige typen trusts helemaal geen beneficiaries met een concrete aanspraak aan te wijzen; veel trusts verplichten de trustees tot ondersteuning van bijvoorbeeld 'Londense kinderen in nood'. Zolang de trustees geen uitkering hebben gedaan aan concrete personen, of althans op grond van hun *powers of appointment* begunstigen hebben aangewezen, zijn er geen concrete belanghebbenden die hun aanspraken jegens de derdenverkrijger zouden doen gelden. Het belangrijkste is echter de derde reden: de meeste trustees zijn van rechtswege bevoegd tot vervreemding van trustgoederen wanneer de vervreemding dienstbaar is aan het goede beheer van het trustvermogen.<sup>123</sup> Het trustverband komt dan op de koopprijs te rusten.<sup>124</sup> Wat dit betreft lijkt het trustrecht op het vruchtgebruik dat naar Nederlands recht de vruchtgebruiker de bevoegdheid geeft vermogensbestanddelen te vervreemden en daarbij

121 In dit kader valt meestal de term 'tracing' Zie hierover Lionel Smith, *The law of tracing*, 1997, en Lawson/Rudden, a w , 3<sup>e</sup> druk 2002, p 88-89

122 Zie nader Swadling, a w , § 4 234, met verwijzingen

123 Zie over de bevoegdheden van trustees o a Hanbury&Martin, *Modern Equity*, 17<sup>e</sup> druk 2005, § 18-005 e v over duties en powers to invest, en § 20-003 e v over powers of sale, en vooral Lawson/Rudden, 3<sup>e</sup> druk 2002, p 171 "A trustee holds property and usually has the power to sell it, with the price replacing the item sold in the trust fund The power of sale is given by statute if the item is land and, for other objects, is usually given by the instrument creating the trust " Zie ook Aertsen, a w , § 2 7 2 Van de contractuele regeling van de bevoegdheden van een trustee is ook melding gemaakt ter gelegenheid van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag in de Nota naar aanleiding van het eindverslag (d d 7 april 1995), 23054 (R 1464), nr 10, p 6 en Bijlage 1

124 Zie verder o a Graham Ferris en Graham Battersby, *The general principles of overreaching and the reforms of 1925*, (2002) 118 LQR 270-295, Hanbury&Martin, *Modern Equity*, 17<sup>e</sup> druk 2005, § 1-047 De term 'overreaching' betekent dat bijvoorbeeld een trustee of een mortgagee de volledige en onbezwaarde eigendom verschafft aan bijvoorbeeld een koper, terwijl de aanspraken van de belanghebbenden, zoals de beneficiaries respectievelijk de mortgagor, komen te rusten op de opbrengst van de verkoop Overreaching vindt alleen plaats voor zover de beschikking bevoegdelyk is verricht, bijvoorbeeld krachtens een power of sale

aan de verkrijgers volle eigendom te verschaffen.<sup>125</sup> Naarmate dergelijke bevoegdheden van de trustees uitdijen, op basis van wetgeving, rechtspraak of de door de settlor opgestelde voorwaarden, raken de derden-verkrijgers, en in het verlengde hiervan het algemene belang van een vrij verkeer van goederen, uit de gevarenzone.<sup>126</sup>

Aan de waarschuwing van Zwolve ligt dus vermoedelijk de impliciete veronderstelling ten grondslag dat de verhouding tussen beneficiary en trustee in alle gevallen het karakter heeft van een zakelijk recht met derdenwerking, in civil law-termen ofwel een soort gesplitst eigendomsrecht ofwel een soort beperkt recht dat rust op ieder goed dat tot de trust behoort.<sup>127</sup> Deze kwalificatie als goederenrechtelijke rechtsverhouding is echter zowel in de Engelse als in de Amerikaanse doctrine discutabel.<sup>128</sup> Er zijn bovendien tendensen aan te wijzen die ertoe leiden dat deze verhouding steeds meer in verbintenisrechtelijke termen wordt gedacht; op grond van bijvoorbeeld de Engelse Trustee Act 2000 wordt de verhouding tussen beneficiary en trustee beheerst door verbintenisrechtelijke nor-

125 Zie art 3:212 BW. Vgl. ook art 7:54 BW uit een nieuwe titel 7:2, waar de Collateral Directive is geïmplementeerd. Krachtens een beding in een financieelzekerheids-overeenkomst tot vestiging van een pandrecht op girale geldtegoeden of effecten kan aan een pandhouder de bevoegdheid worden toegekend tot vervreemding van hetgeen op grond van een financiële zekerheids-overeenkomst tot verpanding in pand is genomen. Zie over dit 'right of use', dat voortkomt uit de Anglo-Amerikaanse rechtspraak, nader T.R.M.P. Keijser, De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel - Het 'gebruiksrecht' van de Collateral Richtlijn beschouwd naar Nederlands en Duits recht, NTBR 2003/8, p. 432-442.

126 Zie voor het verband reeds Nussbaum, a.w., Col. L. Rev. 38 (1938), p. 421. 'Again the restraint upon alienation normally resulting from the trust runs counter to a basic rule of civil law to the effect that an agreement for such a restraint is ineffective, at least with regard to the acquisition of *in rem* rights by third persons, the policy behind the rule being a desire to protect the free flow of goods through the community. The fact that in recent times the trustee is often unconditionally authorized to sell trust property does not meet the objection in cases in which such authority is absent, and it generally necessitates a case-to-case examination undesirable from the angle of the policy of civil law.' Sinds 1938 zijn de bevoegdheden van trustees fors uitgebreid. Zie in Engeland bijv. de Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 en de Trustee Act 2000, waarover Hanbury & Martin, a.w., ch. 20. Principieel blijft het - in essentie rechtseconomische - bezwaar van Nussbaum echter overeind.

127 Voor de veronderstelling dat de beneficiary een vorm van ownership heeft, bestaan uiteraard goede historische gronden. Vgl. W.F. Maatland, The Unincorporated Body, rond 1902, in: Selected Essays, 1936, p. 129. "A right which in ultimate analysis appears to be *ius in personam* (the benefit of an obligation) has been so treated that for practical purposes it has become equivalent to *ius in rem* and is habitually thought of as a kind of ownership, 'equitable ownership'."

128 Lawson/Rudden, a.w., 2002, p. 177, wijst erop dat de aanspraak van een beneficiary neerkomt op een aandeel in een algemeenheid van goederen en dus geen direct verband heeft met een afzonderlijk goed.

men.<sup>129</sup> Voor zover al sprake zou zijn van een zakelijk recht van de beneficiary op het trustvermogen als geheel, is in de praktijk in de meeste gevallen dus geen sprake van voor derden hinderlijke en bezwarende absolute werking. Al met al kan worden betwist dat de trust onverenigbaar is met de *numerus clausus*.<sup>130</sup> De trust maakt slechts in zoverre een inbreuk op de *numerus clausus*, dat de eigenaar niet in het volle en onbeperkte genot is van alle bevoegdheden die voortvloeien uit het absolute eigendomsbegrip.

## 4.6 Conclusie

Dit rechtsvergelijkende overzicht maakt duidelijk dat het concept van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten in alle rechtsstelsels een rol speelt.<sup>131</sup> Een tegenstelling volgens de traditionele breuklijnen van de rechtsfamilies kan niet worden gemaakt, aangezien de belangrijkste vertegenwoordigers van de common law-familie het model van een *numerus clausus* wel degelijk blijken te kennen. Geconstateerd is dat dit ook geldt voor de bakermat van veel civil law-rechtsstelsels, Frankrijk, ook al wordt in de Franse literatuur in brede kring aangenomen dat geen sprake is van een *numerus clausus* van beperkte rechten.

129 Joshua Getzler, *Legislative incursions into modern trusts doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, (2002) 2 *Global Jurist Topics*, No. 1, Article 2 ([www.bepress.com/gj/topics/vol2/iss1/art2](http://www.bepress.com/gj/topics/vol2/iss1/art2)), beschrijft dat de verhouding tussen de trustee en de beneficiaries tengevolge van nieuwe Engelse wetgeving in toenemende mate wordt bepaald door het contractenrecht: "English trust law is increasingly emulating contract. The relationship of trustee to beneficiaries is now modelled as a consensual relationship created by agreement rather than custody; and governed by standards and duties of care with tort-like features as opposed to traditional fiduciary controls. This movement, which has considerable support in the appellate judiciary, is accelerated by the recasting of trustee powers and duties in the Trustee Act 2000. Further contractualization might provoke a shift into third-party-beneficiary contract and agency models, a process that may be helped by the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. The shift to contract-tort models may have gone too far in empowering trustees at the expense of entrustors, and on a broader level, in de-regulating capital investment markets."

130 Aldus Andrea Fusaro, *The Numerus Clausus of Property Rights*, in: *Modern Studies in Property Law*, vol. 1, 2001, h. 18, p. 316 met verwijzing naar M. Graziadei.

131 Vgl. Fusaro, a.w.; en in Nederland: J.H.M. van Erp, *Via open normen naar Europees goederenrecht?*, in: *Open normen in het goederenrecht*, 2000, p. 61-77; Sjef van Erp, *A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?*, in: *Het plezier van de rechtsvergelijking* (Hondiusbundel), 2003, p. 39-52; S.E. Bartels en J.M. Milo, *Contents of Real Rights: Personal or Proprietary - a Principled History*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 5-23. Van Erp, Bartels en Milo leggen daarbij veel accent op de grotere dan meestal gedachte flexibiliteit van het Nederlandse en het Duitse goederenrechtelijke systeem.



Het vorige hoofdstuk heeft duidelijk gemaakt dat een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten onderdeel uitmaakt van het model dat Savigny in de eerste helft van de 19<sup>e</sup> eeuw voor het vermogensrecht heeft ontwikkeld en dat in de pandektistiek nader vorm is gegeven. Naarmate een rechtsstelsel sterker is beïnvloed door het Savigniaanse gedachtegoed, is de numerus clausus meer typerend voor het goederenrechtelijk deel van dat rechtsstelsel. Indien onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen rechtsfamilies, zou de numerus clausus als kenmerk van de Duitse rechtsstelsels kunnen worden beschouwd. Ook deze beperking van de civil law rechtsfamilie is echter niet helemaal zuiver. Het Oostenrijkse ABGB is niet alleen ouder dan het BGB, maar kent in veel mindere mate een numerus clausus. Het oude Nederlandse BW daarentegen was ouder dan het BGB en bovendien sterk geënt op het Franse recht, maar desalniettemin werd in de doctrine onder invloed van de pandektistiek sinds het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw het Savigniaanse model voor het vermogensrecht verkondigd en ontwikkelde de Nederlandse rechtspraak zich sinds het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw volgens de in de doctrine uitgezette lijnen. Nederland zou derhalve al sindsdien als een loot aan de Germaanse stam moeten worden aangemerkt. In ieder geval is ten aanzien van de numerus clausus geen onderscheid te maken tussen de civil law rechtsfamilie als geheel en de common law rechtsfamilie.

Het overzicht van de numerus clausus in andere rechtsstelsels levert nog twee andere inzichten op. Ten eerste hangt de beantwoording van de vraag in hoeverre een rechtsstelsel een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten kent, samen met een visie op de rol van de rechter bij de ontwikkeling van het recht. Bijvoorbeeld Dahan, uit de Frans-continendale rechtstraditie, en Merrill en Smith, uit de Amerikaanse rechtstraditie, stellen dat de jurisprudentiële erkenning van een nieuw type goederenrechtelijk recht steeds een inbreuk van de numerus clausus oplevert. Hierbij veronderstellen zij kennelijk dat numerus clausus betekent dat alleen de wetgever bevoegd is tot uitbreiding of inperking van het aantal typen goederenrechtelijke rechten. De numerus clausus is dan beperkt tot de door de wetgever in een wet neergelegde typen en de door de wetgever uitdrukkelijk gedoogde buitenwettelijke typen, zoals oude rechten die krachtens wettelijk overgangsrecht worden geëerbiedigd. Indien men daarentegen aanvaardt dat ook de rechter in staat en bevoegd is om een nieuw type goederenrechtelijk recht te scheppen en het dogma van een numerus clausus dus loskoppelt van het klassieke rechtsbronnendebat, komt het model van een numerus clausus in een ander licht te staan.

Het tweede inzicht dat door het rechtsvergelijkende overzicht is verschaft, betreft de open stelsels. Heel duidelijk in het Zuid-Afrikaanse recht

en iets minder duidelijk in het Franse recht worden nieuwe contractuele arrangementen met beoogde derdenwerking alleen erkend indien de gecreëerde rechten voldoen aan enige vaste criteria die in de rechtspraak en de doctrine zijn geformuleerd.<sup>132</sup> Daarbij komt dat er betrekkelijk strikte kaders bestaan die worden gevormd door de dwingendrechtelijke beperkingen en vereisten voor de 'klassieke' typen beperkte rechten, zoals het vereiste van machtsverschaffing bij verpanding en het nuts- en het naburigheidsvereiste bij erfdienstbaarheden. Een en ander betekent dat ook in een zogenaamd open stelsel niet elk nieuw subjectief recht kan worden opgetuigd tot een zakelijk recht. Kennelijk is het model van een *numerus clausus* verweven met de aard van de daarin betrokken rechten; het is de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten die dwingt tot kanalisatie van de partij-autonomie en tot een aanzienlijke beperking van de vrijheid om nieuwe typen rechten te creëren. De conclusie van dit rechtsvergelijkende hoofdstuk kan dus zijn dat een vorm van beperking van de partij-autonomie in het goederenrecht een universeel aspect van vermogensrecht is.

---

132 Vgl. de bij de beschrijving van het Engelse recht geciteerde opsomming van criteria door Lord Wilberforce in *National Provincial Bank v. Ainsworth*. Bij de beschrijving van zowel het Franse recht als het Zuid-Afrikaanse recht is verder gebleken dat de problematiek van de *numerus clausus* ook opduikt bij de regels die de inschrijfbaarheid van afwijkende typen rechten bepalen.

## DE RATIO VAN DE NUMERUS CLAUSUS

### 5.1 Het dogmatisch tekort

In de juridische literatuur vindt men in veel gevallen slechts een enkel woord ter verklaring en ter rechtvaardiging van het dogma, zoals is opgemerkt door Rudden:

"Civilian doctrine has so little doubt that a closed list of real rights is necessary that its justifications are perfunctory."<sup>1</sup>

In Nederland is dit niet anders, zoals door J. Smits klinkend onder woorden is gebracht:

"Dat in Nederland een zogeheten 'gesloten systeem' van zakelijke rechten bestaat, is een wijsheid die iedere Nederlandse jurist kan debiteren. Dat veel is nagedacht over de juiste betekenis van het adagium kan evenwel niet worden gezegd. De spreuk lijkt slachtoffer te zijn geworden van een euvel waaraan wel meer rechtsregels lijden: zij gelden zonder dat iemand nog weet wat daarvoor de ratio is en zonder dat men zich de vraag stelt of de regel in het licht van een veranderde praktijk wellicht aan revisie toe is."<sup>2</sup>

Het jaar 1987 heeft hierin verandering gebracht. Toen verscheen de in hoofdstuk 3 uitvoerig weergegeven bijdrage van de Zwitserse wetenschapper Wolfgang Wiegand aan het *Festschrift Kroeschell*, waarin de herkomst en het conceptuele kader van de numerus clausus centraal stonden.<sup>3</sup> Tegelijkertijd verscheen in Zwitserland het Franstalige proefschrift van de Zwitser Bénédict Foëx, waarin een bespreking van de ontwikkelingen in het Zwitserse goederenrecht ten aanzien van roerende zaken vooraf wordt gegaan door een analyse van de rechtvaardiging voor de

---

1 B. Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in: Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series 1987, p. 249.

2 J.M. Smits, Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten, GOM XIII (1996), p. 41.

3 Wolfgang Wiegand, Numerus clausus der dinglichen Rechte - Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte (Festschrift Karl Kroeschell), 1987, p. 623-643. Zie ook Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), p. 112-138.

numerus clausus.<sup>4</sup> De bijdragen waren de eerste publicaties waarin de numerus clausus centraal stond, zelfs in Duitsland, de bakermat van de numerus clausus in breder vermogensrechtelijk verband.<sup>5</sup> De studie van Wiegand heeft in Nederland onder andere Rank-Berenschot en J. Smits geïnspireerd.

In hetzelfde jaar verscheen de bijdrage van Engelse rechtsvergelijker Bernard Rudden, aan de *Third Series* van de *Oxford Essays in Jurisprudence*. Rudden gaat niet in op de herkomst van de numerus clausus, vermoedelijk omdat de herkomst voor de Engelse rechtswetenschap nauwelijks van belang is. Hij bespreekt echter des te grondiger de ratio van de numerus clausus, vanuit een typisch Engels perspectief, dat de nieuwste inzichten in de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap, namelijk de rechtseconomie, omvat. Voor vrijwel alle argumenten die ooit zijn aangevoerd om de zin van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten aan te tonen vanuit juridisch, rechtsfilosofisch en rechts-economisch perspectief, voert hij even zovele tegenargumenten aan.

De rechtseconomische analyses van Rudden zijn verder uitgewerkt en geperfectioneerd in een bijdrage van Merrill en Smith aan de *Yale Law Journal* in 2000.<sup>6</sup> Zij stellen dat in de standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten een rechtseconomische rechtvaardiging voor de numerus clausus gevonden kan worden. Sinds deze Amerikanen het rechtseconomisch debat in het kader van het goederenrecht op gang hebben gebracht, is een cascade aan rechtseconomische publicaties over het goederenrecht ontstaan.<sup>7</sup>

---

4 Bénédicte Foex, *Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière*, Collection Juridique Romande, Payot, Lausanne, 1987. De naam Foex wordt uitgesproken zoals het Franse woord *foi*.

5 In de oudere Duitse literatuur heeft vooral Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930 (herdrukt in 1970 en 1994), aandacht besteed aan de ratio van de numerus clausus. De interesse van Heck laat zich verklaren door het feit dat Heck een exponent was van de rechtswetenschappelijke stroming die als de 'Interessenjurisprudenz' wordt aangeduid. P. C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap - Legisme in de Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, 1982, p. 63, vermeldt dat Ph. Heck (1858-1943) de bekendste vertegenwoordiger is van deze doctrinaire stroming in Duitsland, die sterk was geïnspireerd door de late werken van Jhering. Haar aandacht ging vooral uit naar de belangenafweging die aan de geformuleerde rechtsnorm ten grondslag ligt en dan met name de belangenafweging zoals deze door de wetgever bij het formuleren van de norm is verricht. De analyses van Heck ontstijgen dan ook het technisch-juridische kader van de numerus clausus.

6 Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, (2000) 110 *Yale L.J.* 1-70.

7 Fundamenteel weerwoord is geboden aan Merrill en Smith door Henry Hansmann en Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, *Journal of Legal Studies* 31 (2002) 2, p. 373-420. Deze Amerikaanse rechtseconomische publicaties strekken in Nederland o.a. J. van

De vragen die in dit hoofdstuk centraal staan, zijn dus in concrete bewoordingen: waarom zijn partijen niet vrij buiten de wettelijke kaders zelf nieuwe typen goederenrechtelijke rechten te creëren, of de inhoud ervan aan te passen aan hun behoeften en wensen, en waarom zijn zij niet vrij te bepalen wanneer en hoe goederenrechtelijke rechten op anderen overgaan anders dan voor zover geregeld in de wet, en waarom kunnen zij niet in afwijking van de wettelijke regeling zelf bepalen in welke gevallen en op welke wijze de rechthebbende over zijn recht kan beschikken?

De beschrijving van de herkomst van de *numerus clausus* van zakelijke rechten in hoofdstuk 3 heeft al enige aanwijzingen opgeleverd voor de beantwoording van deze vragen. De Duitse wetgever bleek het vrije verkeer van goederen te willen bevorderen door middel van onder meer een vermogensrechtelijk regime met een *numerus clausus* van zakelijke rechten. Meijers heeft gewezen op de organisatorische functie van de *numerus clausus* in het systeem van de wet. Ook is ter sprake geweest dat de *numerus clausus* berust op een keuze van de typen zakelijke rechten die voor de inrichting van de maatschappelijke orde geschikt worden bevonden. Bij de beschrijving van de parlementaire geschiedenis in hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat de *numerus clausus* de rechtszekerheid beschermt, dat het handelsverkeer eenvoudig en helderheid vereist door middel van een *numerus clausus* en dat het wenselijk is dat de wetgever greep houdt op de rechtsontwikkeling. In dit hoofdstuk wordt de ratio van de *numerus clausus* aan een grondiger analyse onderworpen.

Er is voor gekozen om de genoemde studies over de ratio van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten een prominente plaats naast elkaar te geven in de analyse van de ratio van het dogma in dit hoofdstuk. De beschouwingen van Foëx, van Rudden en van Merrill en Smith zouden onvoldoende tot hun recht komen bij een algemene synthese van de verschillende argumenten; de kritische evaluatie van hun beschouwingen zou worden bemoeilijkt. De bespreking van de werken van Foëx en van Rudden fungeert wel als kapstok voor verwijzingen naar andere vindplaatsen van de door Foëx, Rudden en Merrill en Smith gepresenteerde argumenten ter verklaring en ter rechtvaardiging van de *numerus clausus*.

---

Erp tot inspiratie, zie Sjef van Erp, *A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?*, in: Het plezier van de rechtsvergelijking (Hondiusbundel), geschriften NVVR, no. 63, 2003, p. 39-52, zie in België Vincent Sagaert, *Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?* - Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, oratie Leuven 2005, TPR 2005, p. 983-1086

## 5.2 De verklaring van Foëx voor de numerus clausus

Foëx gaat uit van de traditionele uitleg van het dogma, waarin numerus clausus wordt opgevat als de regel dat de wet dwingend voorschrijft welke typen zakelijke rechten kunnen worden gevestigd door partijen en wat de inhoud van die typen zakelijke rechten is.<sup>8</sup> Onder de titel 'de ratio van numerus clausus' beschrijft Foëx vijf functies, die de elementen vormen van zijn verklaring voor de ratio van de numerus clausus.<sup>9</sup>

### 5.2.1 De vijf functies volgens Foëx

Volgens Foëx zijn de vijf functies van de numerus clausus in het goederenrecht de volgende:

1. publiciteit (*fonction de publicité*),
2. eenvoud en voorspelbaarheid (*fonction de clarification*),
3. bescherming van de vrijheid van eigendom (*fonction de protection de la liberté de la propriété*),
4. verwezenlijking van een ethisch belang (*fonction d'ordre éthique, d'ordre moral*), en
5. ondersteuning van andere beginselen van het goederenrecht (*fonction d'appoint d'autres principes de nos droits réels*).

#### 5.2.1.1 Publiciteit (*fonction de publicité*)<sup>10</sup>

De meest wezenlijke functie van de numerus clausus is volgens Foëx dat het dogma beantwoordt aan het imperatief van kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten. Uit de omstandigheid dat zij absolute werking hebben en derhalve tegenwerpelijk zijn aan derden, vloeit voort dat zij dienen te zijn voorzien van *une forme extérieure* die ze kenbaar maakt voor derden. De wettelijke vaststelling van het aantal goederenrechtelijke rechten en de welomschreven definiëring van hun inhoud dragen volgens Foëx bij aan de kenbaarheid van de goederenrechtelijke rechten; derden worden er beter door in staat gesteld te weten wat zij in het rechtsverkeer kunnen verwachten.

De door Foëx aangevoerde functie van ondersteuning van de publiciteit ten aanzien van de goederenrechtelijke rechten wordt dikwijls ge-

8 Deze uitleg is terug te vinden in zowel zijn beschrijving van de bestaande definitie van numerus clausus (nr. 47) als in de door hem voorgestelde definitie (nr. 171).

9 Voor Foëx zijn de termen ratio en functie kennelijk synoniem.

10 Nrs. 8-12 en 34.

noemd ter rechtvaardiging van de *numerus clausus*.<sup>11</sup> De wettelijke regeling moet waarborgen dat de goederenrechtelijke rechten als zodanig kenbaar zijn, zowel in het algemeen als absoluut recht dat tegenwerpelijk is aan derden, als in het bijzonder als het ene of het andere specifieke type goederenrechtelijk recht. De vorm waarin een goederenrechtelijk recht is gegoten, legitimeert de rechthebbende als degene die zich kan beroepen op het absolute karakter van zijn recht.<sup>12</sup>

De wijze waarop goederenrechtelijke rechten voor derden kenbaar zijn, verschilt per type recht. Bij zaken is er een duidelijk onderscheid: de wettelijke publiciteitsmechanismen bestaan uit bezit ten aanzien van roerende zaken en inschrijving in de openbare registers ten aanzien van onroerende zaken.

Een belangrijk tegenargument is dat sommige vormen om rechten kenbaar te maken voor derden gebrekkig zijn. Vooral bezit, in de zin van feitelijke macht, schiet tekort als vehikel voor publiciteit omtrent roerende zaken. Bezit is immers non-discriminatoire: men kan er niet uit afleiden welk type zakelijk recht de bezitter pretendeert te hebben. Bijvoorbeeld het onderscheid tussen vruchtgebruik en eigendom is voor derden niet op basis van bezit kenbaar. De gekozen vorm om het absolute karakter van deze rechten ten aanzien van een roerende zaak kenbaar te maken, bewerkstelligt dat het door de *numerus clausus* ondersteunde doel van publiciteit niet volledig wordt bereikt. Foëx meent desondanks dat de *numerus clausus* functioneel is: de *numerus clausus* draagt er volgens hem aan bij dat toch wordt gered wat te redden valt. Door tenminste het aantal goederenrechtelijke rechten op roerende zaken beperkt te houden, blijft voor bezit de functie van publiciteitsmedium nog enigszins behouden. De *numerus clausus* heeft dus volgens Foëx mede de functie overbelasting van bezit als publiciteitsmechanisme te voorkomen.<sup>13</sup>

11 Zie in Nederland o.m. H.J. Snijders, *Goederenrecht*, 3<sup>e</sup> druk 2001, nr. 82; Van Erp, a.w., 2003, p. 43; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 2.4.3, p. 29.

12 Een algemeen uitgangspunt van het Nederlandse goederenrecht is dat voor overdracht een vorm van levering noodzakelijk is. Levering legitimeert de verkrijger als de nieuwe rechthebbende. De legitimering uit zich dan in dynamische zin, namelijk bij een vermogensverschuiving. Hier staat vooral de legitimering in statische zin centraal, die uiteraard verwant is aan de legitimatiefunctie van de levering. Achter het leveringsbeginsel gaat immers ten dele ook het publiciteitsbeginsel schuil, dat hier wordt aangevoerd ter verklaring en ter rechtvaardiging van de *numerus clausus*. Zie over deze beginselen ook § 9.5.1.2.

13 Foëx, nrs. 11-12: "Il convient donc de limiter strictement le nombre de droits réels pouvant porter sur un meuble, afin de ne pas rendre illusoire la portée du principe de publicité. (...) le *numerus clausus* devient pour les meubles un véritable moyen de mise en oeuvre du principe de publicité: prenant en considération les insuffisances

De formaliteit waarmee rechten op onroerende zaken kenbaar worden gemaakt, bestaat uit inschrijving van de vestiging van goederenrechtelijke rechten in openbare registers. Het bestaan van adequate registers levert echter een zwaarwegend argument op tegen de dwingendrechtelijke beperking van het aantal typen goederenrechtelijke rechten. Nieuwe typen rechten en door partijen gewenste afwijkingen van de bestaande typen zijn immers in beginsel kenbaar voor derden die de registers raadplegen.<sup>14</sup> Toch wordt een *numerus clausus* van rechten op onroerende zaken van belang geacht; de *numerus clausus* voorkomt dat het door de wet voorziene publiciteitsmedium, de openbare registers, ontwricht raken.<sup>15</sup> Reeds in 1938 was Wieacker, die zeer kritisch stond tegenover de beperking van de partijautonomie in het Duitse zakenrecht, van oordeel dat hierin een rechtvaardiging was te vinden voor de *numerus clausus* van rechten op onroerend goed:

"[Der Typenzwang] behält seinen Sinn nur für den städtischen Liegenschaftsverkehr, der sich durch das Grundbuch vollzieht. Soll der dingliche Rechtsstand im Grundbuch zuverlässig und übersichtlich ablesbar sein, so müssen die Liegenschaftsrechte zahlenmäßig beschränkt und gesetzlich so scharf umrissen sein, daß ihr Inhalt sich aus dem Grundbuch selbst ergibt. Der Typenzwang ist daher als gesetzgeberische Maxime ausschließlich bei Zweifelsfragen des Grundbuchsrechts zu beachten."<sup>16</sup>

---

de la possession, il vole au secours de celle-ci en limitant la tâche qui lui est assignée.", "Le rôle que joue le *numerus clausus* en matière de publicité de droits réels ne doit pas être sous-estimé. En ce domaine, renoncer au *numerus clausus*, c'est non seulement banaliser les droits réels jusqu'à l'incognito, mais c'est également engorger les moyens de publicité prévus par la loi."

14 Aldus ook Foëx zelf, nrs. 11 en 27, noten 12 en 14. Vgl. Sagaert, a.w., nr. 72.

15 J.M.M. Maeijer, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, preadvies BCN, 1966, p. 44 (en 65): "Zakelijke rechtsverhoudingen dienen zo helder en overzichtelijk mogelijk te zijn. (...) Grote afkeer zou ik hebben van een systeem waarin de grondeigendom met de meest uiteenlopende, ongeordende en onoverzichtelijke zakelijke rechten zou kunnen worden belast. Een dergelijk systeem zou het bij ons heersende publiciteitsbeginsel ontwrichten. De inschrijving in de openbare registers, en vooral ook de raadpleging en herkenning door derden zouden op haast onoverkomelijke moeilijkheden stuiten. Het publiciteitsbeginsel kan alleen deugdelijk worden gerealiseerd, indien met behulp van een beperkt aantal categorieën, door wat de Duitsers noemen 'Typenzwang', de bestaانبare zakelijke rechten naar hun inhoud althans enigszins worden bepaald, en zo in een helder en overzichtelijk systeem kunnen worden gerangschikt."

16 Franz Wieacker, *Bodenrecht*, 1938, § 12.III, p. 112.



### 5.2.1.2 Eenvoud en voorspelbaarheid (*fonction de clarification*)<sup>17</sup>

De beperking van het aantal goederenrechtelijke rechten die voortvloeit uit de numerus clausus draagt bij aan *la clarification*, een moeilijk te vertalen woord dat hier duidt op de eenvoud en de voorspelbaarheid van de goederenrechtelijke rechten. Eenvoud en voorspelbaarheid zijn van belang voor de tegenwerpelijkheid van die rechten aan derden. De erga omnes werking die inherent is aan goederenrechtelijke rechten is zo beter te rechtvaardigen vanuit het perspectief van derden:

"Du caractère absolu des droits réels découle un devoir général des tiers de s'abstenir d'intervenir dans la relation entre le titulaire et la chose. Or, il est évident que moins les droits réels seront nombreux, plus il sera facile pour les tiers de les respecter, et ce à un double titre: en premier lieu, l'on appréhende plus aisément une liste limitée de relations bien typées entre une personne et une chose qu'un catalogue interminable d'apparitions plus ou moins spécifiques, ensuite, dans un cas particulier, le nombre limité des droits réels grevant la chose facilitera la tâche du tiers amené à respecter ceux-ci."

Het beginsel van numerus clausus wordt gerelateerd aan de eerbiediging van goederenrechtelijke rechten door derden. Het maakt het voor derden beter mogelijk rechten van anderen te kennen en herkennen, en ze te eerbiedigen.<sup>18</sup>

De plicht tot eerbiediging van rechten van anderen is uiteraard te relateren aan de publiciteitsfunctie van het numerus clausus-beginsel.<sup>19</sup> Zowel de publiciteitsfunctie van numerus clausus als de vereenvoudigingsfunctie van numerus clausus betreffen immers de erga omnes-werking van goederenrechtelijke rechten, de tegenwerpelijkheid aan derden.

Naast de publiciteitsdimensie van *la fonction de clarification* is een belangrijk tweede aspect te onderscheiden: eenvoud en helderheid vormen ook in het algemeen de benodigde basis voor rechtshandelingen ten aanzien van zowel roerende als onroerende zaken.<sup>20</sup> Deze functie van de numerus clausus wordt in de Duitse doctrine soms aangeduid als '*Orientierungs-*

17 Nrs. 13-15 en 35.

18 Om dit aspect van de ratio van de numerus clausus tot uitdrukking te brengen gebruikte ik eerder de beeldspraak dat men moet kunnen weten welke goederenrechtelijke beesten men in het Nederlandse wild moet verwachten. Zie in: Op Recht (Struyckenbundel), 1996, p. 355.

19 Foex legt ook zelf dit verband in nr. 14. Zie ook S.E. Bartels en J.M. Milo, Contents of Real Rights: Personal or Proprietary - a Principled History, in: Contents of Real Rights, 2004, p. 5-23, § 4.5.

20 Foex, nr. 15.

*sicherheit*'; de wettelijke regeling van de typen goederenrechtelijke rechten, en overigens ook van de wijzen van rechtsverkrijging, biedt een duidelijk baken waarop partijen zich kunnen richten bij het aangaan en de inrichting van hun transacties.<sup>21</sup> Het dwingendrechtelijke karakter van de *numerus clausus* waarborgt de overzichtelijkheid van de mogelijkheden, zowel voor de partijen bij een transactie als voor derden die met de door die partijen gevestigde rechten op een of andere manier te maken krijgen.<sup>22</sup>

De *fonction de clarification* is naar haar aard sterk geënt op de behoefte van de alledaagse praktijk in het rechtsverkeer aan duidelijkheid. Een dwingende rechtvaardiging voor een gesloten wettelijke regeling levert dit aspect van de *ratio* echter niet op. Een *numerus clausus* van in de wet

- 21 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden, 1979, p. 62: "De rechtszekerheid heeft twee aspecten: oriëntering en realisering. Het recht moet bakens uitzetten. De justitiabelen moeten zich kunnen oriënteren. Waar hebben zij zich aan te houden. (...) Zekerheid in oriëntering; in het contractenrecht zijn de waarborgen hiervoor gezocht in het vereiste van een 'bepaald onderwerp' (art. 1356 BW). De maatstaven aan de hand waarvan aard en omvang van de contractuele gebondenheid kunnen worden vastgesteld, dienen vast te liggen. Zekerheid in de realisering; zijn recht kennen is één ding, zijn recht krijgen is een geheel andere zaak. Een stelsel van objectief recht dat uitmunt door duidelijkheid is niettemin waardeloos als het niet de middelen aanreikt om dat recht te handhaven. De eenvoud en toegankelijkheid van het proces- en executierecht zijn tenminste zo belangrijk."
- 22 W. Snijders, De toekomst van de eigendom, in: In het nu, wat worden zal (Schoorlijkbundel), 1991, p. 255, ten aanzien van art. 3.84 lid 3 BW: "het scheppen door rechtshandeling van zakenrechtelijke figuren met de daaraan verbonden werking jegens derden is niet aan de vrije fantasie van partijen overgelaten, maar vindt zijn grenzen in het stelsel van de wet dat ertoe strekt de verhoudingen op zakenrechtelijk terrein min of meer overzichtelijk te houden". Vgl. W. Däubler, Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten?, NJW 1968/24, p. 1117-1123 op 1121: "Der *numerus clausus* dient in erster Linie der Rechtssicherheit. Einmal erfordern Sicherheit und Letztigkeit des Rechtsverkehrs die Typisierung der Sachenrechte; der Erwerber muß genau wissen, was er erwirbt. Zum andern muß der Inhalt eines jeden Rechts für Dritte erkennbar sein, da sie das Recht wegen seines absoluten Charakters respektieren müssen. Ein allzu großer Formenreichtum würde schließlich das Grundbuch zu sehr belasten und unübersichtlich machen. Daneben soll der *numerus clausus* den Eigentümer vor übermäßigen Belastungen und einer damit verbundenen Aushöhlung seiner Befugnisse schützen. Daraus folgt, dass ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der Inhalt dinglicher Rechte nicht verändert werden kann. Der Schutz des Erwerbers und Dritter, die das Recht respektieren müssen, verlangt eine unzweideutige Fixierung des gesamten Rechtsinhalts und nicht nur des Wesens des in Frage stehenden Rechts. Auch die Klarheit des Grundbuchs ist nur dann gewährleistet, wenn die Rechte auch in den Einzelheiten festliegen. Dazu kommt, dass es nur sehr schwer möglich wäre, eine einfache Inhaltsänderung von einer unzulässigen, das Wesen tangierenden Veränderung des Rechts zu unterscheiden. (...) Um seine Funktion zu erfüllen, kann der *numerus clausus* keine Ausnahmen anerkennen; er gehört zum *ius strictum*."

geregelde goederenrechtelijke rechten draagt weliswaar bij aan de vervulling van die praktische behoefte aan Orientierungssicherheit, maar niet exclusief; ook nieuwe buitenwettelijke typen van goederenrechtelijke rechten kunnen zodanig zijn uitgekristalliseerd dat de in het rechtsverkeer gewenste duidelijkheid is gewaarborgd. Wiegand wijst hierop en stelt, na te hebben geconstateerd dat de wet slechts verbiedt om door een overeenkomst rechtsposities met derdenwerking te creëren:

"Wenn aber solche Rechtspositionen massenhaft kreiert, vom Rechtsverkehr akzeptiert und von der Rechtsprechung sanktioniert werden, handelt es sich um Rechtsfortbildung, die man nach Belieben als Gewohnheitsrecht oder Richterrecht bezeichnen kann. Gravierende Bedenken gegen derartige Entwicklungen bestehen dann nicht mehr, wenn allseits anerkannte dingliche Rechtspositionen entstanden sind; sie gefährden die durch die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte und die damit verbundenen 'flankierenden Maßnahmen' beabsichtigte 'Orientierungssicherheit' nicht."<sup>23</sup>

Wiegand wijst in een van zijn andere publicaties op de opkomst van het eigendomsvoorbehoud, dat slecht te rijmen was met het absolute en abstracte eigendomsbegrip van het BGB. De massale toepassing van het eigendomsvoorbehoud in het rechtsverkeer heeft ertoe geleid dat deze rechtsfiguur wordt behandeld als een bijzonder zakelijk recht, dat te onderscheiden is van het algemene eigendomsrecht.

"Damit wird genau das bewirkt, was mit Hilfe des Typenzwangs im Sachenrecht sichergestellt werden soll: Im Rechts- und Geschäftsleben klare Vorstellungen über den Inhalt und die Bedeutung der einzelnen Sachenrechte zu schaffen. Man kann heute wohl davon ausgehen, daß Vorbehalts- und Sicherungseigentum wie die Eigentumsanwartschaft nicht nur häufiger, sondern auch besser bekannt sind als manche der traditionellen, gesetzlich geregelten dinglichen Rechte."<sup>24</sup>

Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat het dogma van de numerus clausus in het geheel geen *fonction de clarification* heeft, maar wel dat zijn bijdrage aan de verschaffing van Orientierungssicherheit aan het rechtsverkeer enigszins moet worden gerelativeerd.<sup>25</sup>

23 Wiegand (1987), p. 641-2.

24 Wiegand (1990), noot 67, bij de volgende passage op p. 128: "Auch hier hat erst die massenhafte Verwendung im Rechtsverkehr dazu geführt, daß das Vorbehalts-eigentum als ein besonderes, vom generellen Eigentum zu unterscheidendes Sachenrecht verstanden und behandelt worden ist."

25 Skeptisch over deze rechtvaardiging van de numerus clausus was reeds Heck, a.w., 1930, § 23.10, p. 91: "Gegen den Typenzwang läßt sich geltend machen, (...) β) Die Mannigfaltigkeit der auch heute zugelassenen Rechtsformen und die Schwierigkeiten, welche die Feststellung der Zulässigkeitsgrenzen der Rechtsordnung bietet."

Het is van belang nog te expliciteren wat de implicaties zijn van la fonction de clarification. Dit aspect van de ratio van een numerus clausus veronderstelt dat de etiketten voor de verschillende typen goederenrechtelijke rechten helder zijn.<sup>26</sup> Krijgt men in het rechtsverkeer te maken met een eigendomsrecht, dan moet men ervan op aan kunnen inderdaad te maken te hebben met een eigendomsrecht zoals in de wet of in de rechtspraak is afgebakend. La fonction de clarification verdraagt niet dat achter de taalkundige aanduiding van een begrip verschillende typen rechten kunnen schuilgaan.<sup>27</sup> Dit is één van de redenen waarom fiduciaire varianten van eigendom problematisch zijn.<sup>28</sup>

Daar waar de Typenfixierung wordt versoepeld doordat partijen in het rechtsverkeer de ruimte krijgen om zelf de inhoud van een bepaald in de wet geregeld type goederenrechtelijk recht nader af te bakenen of aan te passen, wordt dit aspect van de ratio van een numerus clausus aangetast. Daarom wordt naar aanleiding van de versoepeling van de wettelijke Typenfixierung in het Nederlandse recht terecht gesproken van een 'half-open' stelsel. Een half-open systeem betekent dat de numerus clausus er één wordt van categorieën, in plaats van typen, van goederenrechtelijke rechten. Het meest in het oog springende voorbeeld in het Nederlandse recht is het recht van erfdienstbaarheid. De wetgever heeft ervoor gekozen om een generieke regeling van alle typen erfdienstbaarheden te geven onder één noemer. In het oude BW waren nog verschillende benoemde typen erfdienstbaarheid geregeld, zoals *uitzigt*, *licht*, *waterloop*, *drop*, *goot-regt*, *rijpad*, *weg*, *waterleiding* en het *vaarrecht*. Bezien vanuit la fonction de clarification is deze keuze problematisch.<sup>29</sup>

26 In Nederland schrijft art. 24 Kadasterwet, lid 2 sub b, voor dat een notariële akte "de wettelijke benaming van het recht, op de levering waarvan het ter inschrijving aangeboden stuk betrekking heeft" bevat. Zie nader § 8.5.2.4.

27 Zie verder de rechtseconoom en linguïst Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, 55 *Stanford L.R.* (2003) p. 1105-1191. Zie ook Sagaert, a.w., nr. 72, en verder § 5.4.2 en het slot van § 9.2.2.2.

28 Vgl. Pierre Decheix, *La fiducie ou du sens des mots*, *Recueil Dalloz* 1997, Chr., p. 36 r.k, ten aanzien van fiduciaire eigendom: "Ce qu'on regretter c'est que le mot 'propriété', surtout quand on y ajoute l'adjectif 'pleine', qui correspond à une notion juridique bien définie, soit dévoyé de son sens: il n'est pas bon qu'un même nom désigne deux choses différentes. Lorsqu'on a l'habitude, au cours de multiples congrès internationaux, de célébrer la précision du droit français face au caractère fou et diffus de la common law, on ne peut qu'être affligé de cette situation."

29 De wetgever is zich bewust geweest van het verband met de numerus clausus, maar heeft de implicaties ervan wellicht onvoldoende voorzien. Zie VV II bij art. 5:70 (d.d. 25 oktober 1961), PG 5, p. 248: "Het ontwerp kent niet de omschrijvingen van specifieke servituut-gevallen, welke in ons huidige B.W. (vgl. artikelen 727 e.v.) te vinden zijn. Daardoor heeft de definitie van artikel 5:70 zo mogelijk nog te meer betekenis, met name in verband met haar functie in het gesloten stelsel der beperkt-

Dit probleem kan overigens worden opgelost door in het rechtsverkeer vastomlijnde subtypen te ontwikkelen en die te benoemen, bijvoorbeeld het recht van overpad binnen het generieke concept van de erfdienstbaarheid. Een dergelijk benoemd *ius speciale* wordt dan beheerst door de algemene wettelijke regels voor de erfdienstbaarheid en tevens door de voor dat type gebruikelijke nadere bedingen, die status van gewoonterecht zouden kunnen krijgen. Als grote waarde wordt gehecht aan la fonction de clarification, dan zouden merkwaardige afwijkingen van het benoemde subtype kritisch op hun tegenwerpelijheid aan derden moeten worden bezien.

### 5.2.1.3 Bescherming van de vrijheid van eigendom (*fonction de protection de la liberté de la propriété*)<sup>30</sup>

Foëx vermeldt dat de numerus clausus een belangrijke rol speelt bij de bescherming van eigendom.<sup>31</sup> Het beginsel vervult deze functie in drie opzichten, waarvan het eerste volgens Foëx het belangrijkste is.

De numerus clausus heeft bescherming van eigendom tot gevolg, ten eerste doordat het de vestiging van rechten die de eigendom uithollen

---

zakelijke rechten." Uit MvA II bij art. 5.70 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 250, wordt duidelijk dat in de 'generalisering' van de algemene definitie een concessie aan de tegenstanders van een numerus clausus schuilt.

30 Nrs. 16-23.

31 Opgemerkt moet worden dat Foëx uitgaat van een algemeen gangbare politieke visie op de eigendom, die echter ter discussie gesteld zou kunnen worden. Gesteld kan worden dat het eigendomsrecht evenals alle andere goederenrechtelijke rechten tengevolge van de tegenwerpelijheid van deze absolute rechten per definitie inbreuk maken op de vrijheid van anderen. Mijn recht op een zaak betekent in dit perspectief dat de vrijheid van anderen ten aanzien van deze zaak is beperkt; de exclusiviteit van de goederenrechtelijke rechten is per definitie een inbreuk op de vrijheid van anderen. In deze benadering bewerkstelligt de numerus clausus dat dergelijke inbreuken op de vrijheid van anderen aan banden worden gelegd en worden gekanaliseerd. Deze redenering gaat uit van een vooronderstelling ten aanzien van de maatschappelijke aard van eigendom: het veronderstelt dat in *the state of nature* alles van en voor iedereen was. Door zich onroerende en roerende zaken toe te eigenen, maakt de gerechtigde inbreuk op de vrijheid van anderen. Deze benadering vormt een van de bases van het communistische gedachtegoed. Hier-teenover staat het Frans-revolutionaire denken waarin de eigendom de sublimatie is van de menselijke individuele vrijheid; in deze benadering past niet de gedachte dat mijn exclusieve recht op mijn zaak per definitie een inbreuk is op de vrijheid van anderen ten aanzien van mijn zaak, aangezien anderen daarop geen enkel recht hebben. De door Foëx en vele anderen vooronderstelde 'vrijheid van de eigendom' is dus een afgeleide van een vrijheidsconcept waaraan een bepaalde politieke visie ten grondslag ligt.

onmogelijk maakt.<sup>32</sup> Wanneer partijen vrij zijn naar eigen believen nieuwe goederenrechtelijke rechten te creëren, zouden zij aan beperkte rechten een inhoud kunnen geven die alle bevoegdheden van de eigenaar omvat. De door een dergelijk recht belaste eigendom is dan een lege huls geworden.

De zorg van de wetgever om de 'volheid' van de eigendom te beschermen, acht Foëx met name ten aanzien van onroerend goed verklaarbaar: bij de eigendom van onroerend goed is het algemeen belang sterk betrokken, samengevat als 'la fonction économique-sociale de la propriété immobilière'. Dat belang staat in de weg aan volledige contractsvrijheid: 'la liberté de la propriété prend le pas sur la liberté contractuelle.'<sup>33</sup>

Bij de analyse van de herkomst van de *numerus clausus* in het Duitse recht is geconstateerd dat deze invulling van het begrip 'vrijheid van de eigendom' en het daarmee corresponderende begrip 'beperkt recht' kenmerkend is voor het pandektistische eigendomsbegrip, dat op de opvattingen van met name Savigny en Jhering is gebaseerd. Het ligt in de lijn van deze benadering van het eigendomsrecht en de beperkte rechten dat de duur van de beperkte zakelijke rechten wordt beperkt.<sup>34</sup> De wet waarborgt daarmee dat het eigendomsrecht op een bepaald moment weer tot volle wasdom zal komen.

De bescherming van eigendom door het *numerus clausus*-beginsel bestaat er ten tweede in dat de beperking van het aantal typen zakelijke rechten voorkomt dat de eigendom wordt verstikt; de *numerus clausus* "empêche

32 Foëx, nr. 17. "le *numerus clausus* a pour effet de protéger la propriété, en rendant impossible la constitution de droits susceptibles de la vider de sa substance"

33 Vgl. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et garantie*, 1960, p. 147 "Par contre, si j'entends établir sur un de mes biens une obligation réelle, l'effet pourra en rejaillir sur un tiers quelconque, qui se verra un beau jour tenu *propter rem* l'opération excède donc le cadre restreint des intérêts des contractants. Toute obligation réelle risque de créer une entrave à la libre circulation des biens et de faire subir par chacun de nous des charges auxquelles nous étions complètement étrangers et dont nous ne tirons aucun profit. L'ordre public, on le voit, est directement intéressé à éviter les abus, dont le danger en matière réelle est beaucoup plus grave qu'en matière personnelle, et si, indifférent en principe à celle-ci, il se préoccupe tant de ce qui touche à celle-là, c'est - paradoxalement - par l'effet du même esprit de libéralisme qui anime d'un bout à l'autre le Code civil"

34 Foëx vermeldt dat het Zwitserse recht een maximale termijn kent voor de duur van een recht van opstal. In het Nederlandse recht bestaat thans geen maximale duur meer voor het recht van opstal, maar bij de invoering van dit type zakelijk recht was wel een dergelijke beperking opgenomen. In de Opstalwet 1825 was de duur tot 50 jaar beperkt. Deze duurbepanking is later, in 1834, geschrapt, maar in verband hiermee werd aan de eigenaar van de grond in art. 766 Oud BW de bevoegdheid toegekend om tot opzegging over te gaan, maar niet dan na verloop van tenminste 30 jaren en behoudens anders luidend beding.

un engorgement de la propriété". Onbeperkte uitbreiding van het aantal typen zakelijke rechten kan uiteindelijk leiden tot wurging van de eigendom, ook wanneer wettelijke grenzen aan de inhoud van nieuwe zakelijke rechten worden gesteld:

"Nous ne voulons pas dire par là qu'il est impossible en droit positif de vider la propriété de sa substance par un enchevêtrement de charges la grevant, simplement, nous pensons que le *numerus clausus* complique la tâche du propriétaire résolu à démembrer son droit, au point de rendre exceptionnelles de telles situations."<sup>35</sup>

Er is een nuanceverschil met de eerste door Foëx geschetste dimensie: het gaat hier om nieuwe beperkte rechten die op zich de inhoud van het eigendomsrecht niet zouden aantasten, maar die in combinatie met vele andere typen beperkte rechten de eigendom wel tot verstikkens toe zouden belasten.

Deze rechtvaardiging voor de *numerus clausus* is ook in de Nederlandse literatuur verschillende keren verwoord, door onder anderen Van Opstall:

"Ik blijf voorstander van een gesloten systeem van zakelijke rechten (.) Ik ben dus tegen de onbeperkte vrijheid tot beperking van de vrijheid van de eigenaar. In ons overbevolkte land moet het niet mogelijk zijn ter wille van iedereen de grond met, de hemel wete welke wonderlijke, zakelijke rechten te belasten. Zou die mogelijkheid wel worden geschapen, dan zou een aspirant-koper van de grond veelal niet meer kunnen zien in hoeverre er voor de eigenaar daarvan nog enige bevoegdheid overblijft, en zo ja, welke die bevoegdheid dan nog is, en daardoor zou hij misschien dikwijls bij voorbaat al worden afgeschrikt, of, misschien erger nog, het er maar op wagen, met een grote kans een kat in de zak te kopen."<sup>36</sup>

---

35 Foëx, nr 22

36 S.N. van Opstall, Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4919-4926 (1966), p. 471, l k. Vgl. Maeijer, a.w., preadvies BCN, 1966, p. 44-45 "Ook uit maatschappelijk oogpunt, op rechtspolitieke gronden, heb ik bedenking tegen een open stelsel. Ik acht het ongewenst dat men zich zou kunnen laten verleiden tot het aanvaarden van allerlei lasten die als zakelijke rechten van anderen zouden drukken op het onroerend goed. Te grote belastingen zouden in ons dichtbevolkte land, met zijn gebrek aan ruimte en grond, een gezond rechtsverkeer kunnen belemmeren en daarmee een evenwichtige uitbouw van de samenleving verhinderen." Zie ook J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp B.W. in verband met de beperkte conceptie van het begrip "zakelijk recht", RM Themis 1961, p. 82. "Zaaksgevolg en voorrang naar tijdsorde verlenen aan de beperkte rechten het karakter van in den regel absolute rechten; hun gesloten systeem waakt dan verder tegen een overmatige belemmering van het maatschappelijk verkeer door het vestigen van absolute rechten.", en Houwing, recensie preadviezen BCN van Plantenga en Treurniet, WPNR 4496 (1957), p. 280.

De derde dimensie van de beschermingsfunctie van *numerus clausus* is dat onnodige 'consecratie' en vereeuwiging van afspraken in de vorm van zakelijke rechten worden voorkomen

*Le numerus clausus* contribue au maintien de la liberte de la propriete, en ne conferant la qualite de droit reel, de droit durable, qu a un certain nombre d institutions repondant a des besoins types, eprouves, et en evitant par la la sacralisation, la perennisation sous forme de droit reel de prerogatives qui ne survivraient souvent pas a leur titulaire originaire <sup>37</sup>

Het is denkbaar dat partijen de neiging vertonen een goederenrechtelijk jasje te geven aan bijzondere rechten die voldoen aan een bijzondere behoefte in een specifiek geval, indien zij daarvoor de ruimte zouden hebben. Men kan zich voorstellen dat alleen een bepaalde persoon behoefte heeft aan een bijzonder gebruiksrecht op een bepaald goed. Anderen hebben dan geen belang bij dat recht op dat goed, zodat het recht de bijzondere rechthebbende niet hoeft te overleven <sup>38</sup>

37 Vgl. Heck, a.w., 1930, § 23 2, p. 87. Die Vorschrift des *numerus clausus* beruht auf zwei Erwägungen: a) Auf den Willen, den dinglichen Rechtsschutz nur bei geschichtlich anerkannten Bedürfnissen zu gewähren und dadurch dem Rechtsleben solche dinglichen Rechte fernzuhalten, deren Notwendigkeit zur Interessenbefriedigung nicht geschichtlich feststeht. Die Beeinträchtigung des Rechtslebens durch interessenlose Rechte ist bei dinglichen Rechten allerdings größer als bei Schuldrechten, weil die dinglichen Rechte als absolute auf weitere Kreise wirken und wegen ihrer Dauerhaftigkeit die Interessengrundlage eher überleben als die obligatorischen. Man konnte diese Tendenz des Gesetzes als Freiheitsschutz bezeichnen. b) Auf dem Wunsche, das System der Rechte zu vereinfachen, namentlich auch das Grundbuch von entbehrlichen Eintragungen frei zu halten (Vereinfachungsprinzip).

38 Vgl. Rudden, a.w., p. 263. Another main argument against unlimited freedom to create property interests is that they endure, while we do not. Zie ook J.H. Merryman, *Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, (1963) 12 *Am J Comp Law* 224-231. Both liberty of alienation and liberty of contract are general principles, generally accepted. Both must be limited in many ways, and one purpose of limitation must be to preserve the liberty of others. ( ) The exercise of power over resources through binding legal arrangements such as contracts and conveyances cannot be carried on in isolation. Others are invariably affected, and a fundamental question of policy in every system of government must be the nature and extent of the limits that will be imposed on the exercise of such power in order to preserve the opportunity for others to exercise similar power. Unchecked, liberty of alienation can be used to make property inalienable, and liberty of contract can be exercised in such a way as to deprive others of it. Vgl. W. Snijders, a.w., 1991, p. 253-254. De mogelijkheid tot verschuiving van de maatschappelijke macht die eigendom of vermogen verschaft, naar anderen dan de eigenaar, ligt besloten in de contractsvrijheid die, ruim opgevat, tevens de grondslag vormt voor een onbelemmerd rechtsverkeer in goederen en in verband kan worden gebracht met de vrijheid van handel en industrie. ( ) Te veel tegemoet komen aan deze behoefte aan lang lopende verschuivingen van eigenaarsbevoegdheden naar



#### 5.2.1.4 Verwezenlijking van een ethisch belang (*fonction d'ordre éthique, d'ordre moral*)<sup>39</sup>

Foëx vestigt ook de aandacht op de ethische functie van de numerus clausus; deze verwezenlijkt de keuze van de wetgever om ongewenste vormen van goederenrechtelijke rechten uit het geldende recht te verbannen. Het gaat daarbij vooral om beperkte rechten van Middeleeuwse origine met een voor de moderne tijd te feodale inslag.<sup>40</sup> Deze rechten riepen voor de gerechtigde langdurige lasten in het leven, waardoor de beperkt gerechtigde in een positie van afhankelijkheid kwam te staan. Een numerus clausus beschermt de rechtssubjecten tegen al te belastende beperkte rechten. Aan de afschaffing van sommige typen rechten en de handhaving van de afschaffing door middel van een numerus clausus ligt een morele keuze ten grondslag.

Deze constatering heeft een belangrijke implicatie voor het gewicht van de numerus clausus. Een numerus clausus vooronderstelt dat de wetgever bewuste keuzes heeft gemaakt voor het ene en het andere type goederenrechtelijk recht, voor hun grenzen en voor hun inhoud.<sup>41</sup> Daarmee is ook gekozen tegen erkenning van andere mogelijke typen rechten. Dergelijke keuzes berusten op overwegingen van rechtspolitieke aard, zoals financieel-economische, politiek-theoretische, filosofische en sociologische overwegingen. Het zijn keuzes *d'ordre éthique*.

Deze ethische dimensie is niet beperkt tot zakelijke rechten die gelijkenis zouden kunnen vertonen met de leenrechtelijke verhoudingen uit de Middeleeuwen.<sup>42</sup> De wetgever maakt in het vermogensrecht ook op veel

---

anderen dan de eigenaar, werkt het gevaar in de hand dat de daaruit voortvloeiende lasten op den duur leiden tot een niet meer door reële belangen gerechtvaardigde verstarring en tot stagnatie van een normaal rechtsverkeer."

39 Nrs. 24-26.

40 In het kader van het Zwitserse recht noemt Foëx bijvoorbeeld het vervalpand, het pignus Gordianum, antichrese, en emphyteose (erfpacht). Vgl. het Franse recht, waarin met het verbod op servituten die verplichten tot een doen, is beoogd te voorkomen dat de horigheid zou worden gecontinueerd; zie Ginossar, p. 149.

41 Vgl. de toelichting van Reinhold Johow bij zijn Voorontwerp voor het zakenrecht uit 1880, dat de basis vormde voor het BGB van 1900. Het ontwerp en de toelichting van Johow voor het zakenrecht zijn opnieuw uitgegeven door Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, verfaßt von Reinhold Johow, deel 1, Berlin 1982. Johow schreef op p. 1085: "Die uns von der Vergangenheit überlieferten Rechtsinstitute sind sorgfältig darauf anzusehen, ob das Bedürfnis, welches sie dereinst geschaffen hat, auch heute noch besteht, und der Berücksichtigung durch die Gesetzgebung würdig ist."; zie ook p. 1124 en 1418.

42 Vgl. nog W.G. Huijgen, Erfpacht en publiekrecht, preadvies KNB, 1995, § 3.3.3.2, p. 157-8: "Mijns inziens leidt dit [gesloten systeem], ook in het bredere verband van

andere plaatsen een keuze en een afweging van de belangen van de verschillende betrokkenen. Een belangrijk voorbeeld is de onderlinge verhouding tussen schuldeisers; afwijkingen van de *paritas creditorum* behoeven krachtens art. 3:277 BW een specifieke wettelijke grondslag. De wettelijke gronden voor voorrang bestaan niet alleen uit de zekerheidsrechten, maar ook uit de voorrechten. Ten aanzien van beide heeft de wetgever keuzen gemaakt, die in beginsel niet door middel van bijzondere constructies omzeild mogen worden. De *numerus clausus* bewaakt de door de wetgever gemaakt keuzen en geeft de wetgever armslag om nieuwe ontwikkelingen te beheersen.<sup>43</sup>

Het ethische perspectief zoals dat door Foëx wordt gezien en dat in Nederlandse termen wellicht beter aangeduid kan worden als het 'rechtspolitieke perspectief', heeft voor Foëx verstrekkende consequenties. Het dwingt tot de stelling dat alleen de wetgever zelf bevoegd is tot wijziging of uitbreiding van de typen goederenrechtelijke rechten. Buitenwettelijke uitbreiding van het aantal typen goederenrechtelijke rechten impliceert dat een andere ethische keuze wordt gemaakt dan de wetgever zelf heeft gedaan. De specifieke in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten verkrijgen daarmee een exclusief karakter. Dat betekent niet alleen dat het

---

het onderscheid van goederenrecht versus verbintenissenrecht bezien, tot de conclusie dat, behoudens voorzover uit de wet anders voortvloeit, geen verplichtingen om te doen tot onderdeel van het zakelijk recht van erfpacht kunnen worden gemaakt. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de geschiedenis leert dat men op dit punt moet oppassen om niet een moderne soort 'horigheid' te creëren. In dit kader vormt de verplichting om ratten te verdelgen die aan een erfpachter wordt opgelegd een aardige illustratie van dit gevaar. Mijn inziens heeft men hier de grens overschreden en eigenlijk een nieuw soort 'herendienst' gecreëerd." Hiertegen: J. de Jong, *Erfpacht en opstal*, Mon. NBW B-28, 2<sup>e</sup> druk 1995, § 13.

- 43 Vgl. W. Snijders, a.w., 1991, p. 255, ten aanzien van art. 3.84 lid 3 BW: "het scheppen door rechtshandeling van zakenrechtelijke figuren met de daaraan verbonden werking jegens derden is niet aan de vrije fantasie van partijen overgelaten, maar vindt zijn grenzen in het stelsel van de wet dat ertoe strekt de verhoudingen op zakenrechtelijk terrein min of meer overzichtelijk te houden en geen separatistenposities toe te laten als daarvoor geen in het wettelijk stelsel passende grond voor is. De bepaling is er derhalve niet op gericht spreading van eigenaarsbevoegdheden als zodanig aan banden te leggen - reeds aangestipt werd dat een dergelijke spreading vrijwel onbeperkt mogelijk is - maar alleen om de wijze van spreading niet voor de praktijk ondoorzichtiger, voor schuldeisers nadeliger en voor de wetgever moeilijker beheersbaar te maken dan voor het gegeven doel nodig is. Een belangrijk punt daarbij is dat de wetgever bij toekomstige verstoringen van het evenwicht tussen groepen van belanghebbenden op een overzichtelijke en efficiënte manier moet kunnen ingrijpen en niet het gevaar moet lopen om door een onbeperkte ontwikkeling van ongrijpbare fiduciaire figuren iedere greep op de materie te verliezen." Zie ook A.H. Scheltema, diss., 2003, p. 371.

beginsel van de *numerus clausus* zelf dwingend is, maar ook dat naast de verschillende wettelijke typen geen andere goederenrechtelijke rechten kunnen worden erkend buiten de wetgever om.

Inderdaad blijkt Foex zich fel tegen rechterlijke rechtsvorming in het goederenrecht te verzetten.<sup>44</sup> Deze benadering is ook te vinden in een beroemde passage uit 1930 van Heck, een uitgesproken criticus van de *numerus clausus*:

"Auch für das Sachenrecht verdient m. E. die Typenfreiheit den Vorzug. Das System des BGB gleicht einem Panzer, der so viele Lucken aufweist, daß er seine Aufgabe nicht mehr erfüllt, der aber doch gelegentlich drückt und reibt. An der Geltung des Systems ist aber nicht zu rütteln. Es liegen Werturteile vor, die den Richter binden, auch wenn er sie persönlich nicht teilt."<sup>45</sup>

Aan de rechtspolitieke keuzen van de wetgever heeft de rechter zich te conformeren. Heck stelde hier in 1930 het primaat van de wetgever ten opzichte van de rechterlijke macht voorop.

Wiegand denkt hier anders over. Hij stelt dat de Duitse wetgever aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw slechts koos voor het principe van *numerus clausus* als zodanig, niet voor de onwrikbare beperking tot de specifieke in de *wet* omschreven zakelijke rechten:

"Vielmehr haben sie darüber nachgedacht, welche der vorhandenen dinglichen Rechte in das Gesetz aufzunehmen seien, und sich für bestimmte Arten entschieden, die ihnen damals den Verhältnissen und Verkehrsbedürfnissen zu entsprechen schienen. Der Entscheid für das Prinzip des Numerus clausus schließt nicht aus, daß durch Gesetzgebung oder Akte der Rechtsfortbildung weitere neue

44 Foex, o.c., p. 23, vierde alinea "il n'est pas sain que notre droit se forme en dehors du processus législatif normal sollicité de toutes parts par des intérêts souvent contradictoires, ballotté au gré des vents et des ressacs de la pratique, notre droit risque de perdre de sa prévisibilité et de s'éloigner d'un certain idéal de justice qu'incarne en bien des points la codification de 1912", en nrs 211 en 218 "Il ne fait en effet que peu de doute que seule une révision par la voie législative est à même de garantir le maintien des intérêts que le *numerus clausus* est censé de protéger *lex lege tollitur*, à l'inverse, l'introduction de nouveaux droits réels par comblement de lacunes de la loi serait un facteur d'insécurité juridique et, par la même, constituerait une menace pour la cohérence de notre droit des choses."

45 Heck, a.w., 1930, § 23 10 slot, p. 87. De laatste twee zinnen in dit citaat doen denken aan de beschouwingen van J.P. Fockema Andreae, *Moderne Praetuur? - Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming*, 1907, die zelf een belangrijke voorvechter was van de vrije rechtspraak in Nederland aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw. In het brede spectrum van opvattingen over de vrijheid van de rechter en de gebondenheid aan de wet wordt Heck door Fockema Andreae op p. 104 geplaatst aan de kant van degenen die voorop stelden dat steeds aansluiting bij de wet moest worden gezocht en die derhalve voorstander waren van de analogische methode van wetstoepassing.

dingliche Rechte geschaffen oder zugelassen werden; das Prinzip des Numerus clausus bleibt solange gewahrt, als nicht beliebige dingliche Rechtspositionen durch Parteiwillkür begründet werden können."<sup>46</sup>

Wiegand acht hier in 1987 een rechter in staat tot rechtsontwikkeling en uitbreiding van de numerus clausus. Het primaat van de wetgever is daarmee geëvolueerd naar het primaat van de wet ten opzichte van de afspraken van partijen in het rechtsverkeer. De gebondenheid van de rechter aan de wet is naar de achtergrond verdwenen.

#### 5.2.1.5 Ondersteuning van andere beginselen van het goederenrecht (*fonction d'appoint d'autres principes de nos droits réels*)<sup>47</sup>

De vijfde door Foëx genoemde functie van de numerus clausus heeft de aard van een restcategorie: de numerus clausus ondersteunt en waarborgt de toepassing van andere beginselen van het zakenrecht. Bijvoorbeeld wordt in rechtssystemen waarin men machtsverschaffing nog als een van de essentialia van verpanding beschouwt, de wettelijke eis van machtsverschaffing versterkt door de numerus clausus.

Deze vijfde functie lijkt nauwelijks de moeite van het vermelden waard, zij het niet dat Foëx hierin uiteindelijk de crux van de numerus clausus ziet, zo lijkt te volgen uit zijn conclusie.<sup>48</sup> Hij besluit zijn beschrijving van de elementen van de ratio van numerus clausus aldus:

"la fonction dévolue au numerus clausus est fondamentalement une fonction d'organisation du droit des choses, une fonction de distribution des rôles, dans l'idée de protéger la propriété et de faciliter (ou de rendre possible) les transactions en la matière."

Vervolgens vat hij de vijf bestanddelen nog samen:

"Au-delà des intérêts privés et même malgré ces intérêts, le législateur a voulu choisir les institutions mises à la disposition des parties, afin de promouvoir une certaine clarté des droits réels, profitable à tous et répondant à un intérêt général. Simultanément, le législateur a cherché à protéger les intérêts du propriétaire, à rendre possibles et sûrs l'acquisition, le transfert et le 'grèvement' de la propriété. En clarifiant la notion de droit réel par le biais du numerus clausus, la loi répond à des intérêts privés non négligeables, que ce soient ceux du propriétaire, du titulaire d'un droit réel limité ou du tiers appelé à respecter ou acquérir des droits. (...) on peut conclure que ce qui est en jeu, finalement, c'est la sécurité des transactions juridiques."

46 Wiegand (1987), p. 641.

47 Nrs. 27-28.

48 Nrs. 29-30.

De functie van de numerus clausus is dus volgens Foex uiteindelijk de inrichting en de ordening van het goederenrecht, de verdeling van 'taken' ten behoeve van de zekerheid in het rechtsverkeer. In wezen is de numerus clausus daarmee verklaard als een orderingsprincipe.

### 5.2.2 Kanttekening bij de verklaring van Foex

Foex' verklaring hinkt op verschillende gedachten, die hij alle heeft willen terugvoeren op de numerus clausus zelf.<sup>49</sup> Alle door Foex aangevoerde elementen van de ratio van de numerus clausus spelen inderdaad een rol, maar niet steeds in direct verband daarmee. Sommige van de door Foex genoemde functies van de numerus clausus kunnen waarschijnlijk beter afzonderlijk worden gepresenteerd als zelfstandige beginselen van het goederenrecht.<sup>50</sup>

De eerste door Foex genoemde functie van de numerus clausus, publiciteit, verwijst naar wat in de goederenrechtsleer als het publiciteitsbeginsel bekend staat. Het streven om goederenrechtelijke rechten voor derden kenbaar te maken, krijgt echter meer gewicht als zelfstandig rechtsbeginsel. Het is dan waarschijnlijker dat de rechterlijke macht en de doctrine er sturing aan ontleen bij de uitleg en de verdere ontwikkeling van goederenrechtelijke figuren en regels.

Anders is het gesteld met twee andere door Foex behandelde componenten van de ratio van numerus clausus. De tweede genoemde functie - eenvoud en voorspelbaarheid - en de vierde functie van de numerus clausus - de verwezenlijking van een ethische keuze van de wetgever - zijn van een enigszins andere orde. Het zijn aspecten van het objectieve recht zonder welke recht geen 'recht' genoemd mag worden en die de premissen van het recht kunnen worden genoemd.<sup>51</sup>

49 Foex zelf is zich bewust van het gevaar teveel terug te voeren op het beginsel van numerus clausus. In nr. 28 zegt hij over mogelijke autres fonctions accessoires: la recherche de la ratio de numerus clausus ne doit pas servir de prétexte à une réduction de l'ensemble des droits réels à ce seul principe: vouloir tout ramener au numerus clausus, c'est lui faire perdre son sens. *Qui rationem in omnibus quaerunt rationem subvertunt*.

50 Zie uitvoeriger § 9.5.1.2.

51 De term premissen is geïnspireerd door het werk van Lon Fuller. In *The Morality of Law*, revised edition 1969, p. 39, uitgewerkt op p. 46-90, identificeert Fuller acht fouten die koning Rex maakt wanneer recht gaat maken. Daarvan leidt hij acht desiderata van het recht worden afgeleid, dat wil zeggen condities waaraan het recht tenminste moet voldoen: o.a. adequate promulgatie, consistentie, proportionaliteit wat de betreft de rechtsplicht die aan subjecten wordt opgelegd, continuïteit in de tijd, eenvoud, en geen terugwerkende kracht. Zie ook § 9.5.1.1.

Voor zover Foëx de tweede functie, van eenvoud en voorspelbaarheid, betreft op de positie van individuele rechtssubjecten, is er weer een verband met het publiciteitsbeginsel. Dat geeft Foëx ook zelf aan. In zoverre is er geen sprake van een afzonderlijke functie van de numerus clausus, maar eerder van een aspect van het zelfstandige goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel. Dit beginsel wordt door het streven naar heldere en inzichtelijke goederenrechtelijke verhoudingen gerechtvaardigd en de invulling ervan erdoor gestuurd.

De functie van verwezenlijking van ethische keuzes door de wetgever is in wezen een aspect van de rechtsstatelijkheid van al het recht. Het geeft uiting aan het primaat van de wetgever, in het goederenrecht op wat pregnantere wijze dan in het verbintenissenrecht waarin aan partijen meer ruimte wordt gelaten. Dit primaat wordt door Foëx strikt verstaan: rechterlijke rechtsvorming wijst hij af.

Als ervoor wordt gekozen sommige functies van de numerus clausus onder te brengen bij andere, zelfstandige beginselen van het goederenrecht, wordt de vijfde door Foëx genoemde functie de belangrijkste: ondersteuning van andere beginselen van het goederenrecht. Zoals Foëx aangeeft, is de zin van de numerus clausus dat wordt gewaarborgd dat goederenrechtelijke principes en vereisten hun betekenis niet verliezen. Foëx noemt het vereiste van machtsverschaffing bij verpanding van zaken omwille van het publiciteitsbeginsel. In het Nederlandse recht kan men bijvoorbeeld denken aan de mededeling aan de debiteur bij cessie en verpanding van vorderingen, aan een van de vormen van feitelijke machtsverschaffing, eventueel middellijk, aan inschrijving van een akte in de openbare registers bij de levering van registergoederen, en aan het bepaaldheidsvereiste voor levering ter overdracht en - tot 2002 - voor de levering ter vestiging van een pandrecht. In het perspectief van Foëx volgt uit de numerus clausus dat dergelijke regels een dwingend karakter hebben. Wanneer wordt verwezen naar de numerus clausus in het goederenrecht, wordt zo gezien uiting gegeven aan het uitgangspunt dat het goederenrecht in beginsel dwingend recht is.

### 5.3 De twijfels van Rudden

Uit de titel die Rudden aan zijn essay gaf - *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem* -<sup>52</sup>, blijkt al dat het verschijnsel van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten voor hem een probleem vormt: op allerlei gronden zet hij vraagtekens bij de zin van de numerus

---

52 B. Rudden, in: *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series* 1987, p. 239-263.

clausus van goederenrechtelijke rechten. In zijn essay staat de specifieke vraag centraal waarom het niet mogelijk is goederenrechtelijke status te geven aan een verplichting voor de eigenaar van een onroerende zaak om iets te doen, het zogenaamde servituut *in faciendo*.<sup>53</sup> Waarom is het voor A niet mogelijk om aan zijn buurman B en aan de rechtsverkrijgenden van de buurman de verplichting in goederenrechtelijke vorm op te leggen A's gras regelmatig te maaien? Zijn beschouwingen laten zich echter makkelijk veralgemenen, zoals ook in de titel besloten ligt. Ook zijn essay betreft dus de algemene vraag wat de rechtvaardiging is voor een beperking van het aantal rechten dat wordt erkend als goederenrechtelijk.

Rudden presenteert een plethora van juridische, rechtsfilosofische en rechtseconomische argumenten die plegen te worden aangevoerd ter rechtvaardiging van numerus clausus, maar over de deugdelijkheid van veel van deze redenen heeft hij twijfels. Daarbij worstelt hij steeds met het feit dat de goed geïnformeerde burger in veel gevallen langs contractuele weg, hoewel meestal tegen hogere kosten, kan bereiken wat hem goederenrechtelijk onmogelijk is gemaakt, in het Nederlandse recht bijvoorbeeld door gebruik te maken van een kettingbeding. Het essay van Rudden geeft niet alleen nieuw inzicht in de kracht van de argumenten voor de numerus clausus, ook wordt de numerus clausus voor het eerst vanuit rechtseconomisch perspectief belicht.

Na een kort overzicht van zijn kanttekeningen bij de juridische argumenten, wordt de rechtseconomische invalshoek behandeld.<sup>54</sup> De rechtseconomische analyse wordt verder uitgewerkt in de volgende paragraaf, waarin het artikel van Merrill en Smith wordt besproken.

### 5.3.1 De juridische argumenten

Rudden bespreekt vier juridische redenen waarmee de zin van de numerus clausus pleegt te worden verklaard in de jurisprudentie en in de literatuur. Sommige van deze argumenten zijn toegespitst op de onmogelijkheid om erfdiensbaarheden te vestigen die een verplichting om iets te doen inhouden. Deze beperking is uiteraard een aspect van de numerus

53 Rudden spreekt over *the running of affirmative duties*. Zie nader § 6.6.5.

54 Rudden, p. 249-252, laat ook een rechtsfilosofisch licht op de materie schijnen door toepassing van de theorieën van Kant en Austin, van Hegel en van Hohfeld. Deze beschouwingen van Rudden zijn toegespitst op de vraag in hoeverre het rechtstheoretische concept van een goederenrechtelijk recht het toelaat om een verplichting tot een handelen in het leven te roepen. De conceptuele aard van een goederenrechtelijk recht als machtsverhouding ten aanzien van een zaak wordt in deze studie echter buiten beschouwing gelaten. Dergelijke rechtstheoretische aspecten zijn voor het begrip van de ratio van de numerus clausus in het algemeen niet relevant.

clausus. Bovendien is aan sommige van deze argumenten een algemenere betekenis toe te kennen.

Het eerste argument is *absence of demand*, de aanname dat er geen behoefte is aan andere zakelijke rechten dan die welke in de wet zijn vastgelegd of overigens in rechte zijn erkend, aangezien geen andere zakelijke rechten denkbaar zijn. Rudden wantrouwt deze veronderstelling, omdat van tijd tot tijd nieuwe rechtsfiguren de kop opsteken en deze kennelijk voorzien in een behoefte. Hij wijst op de maatschappelijke behoefte aan *shared entitlement to possession*, zoals 'front-of-house rights' in een theater en 'vending concessions', die niet steeds in te passen zijn in het stramien van het recht inzake mede-eigendom en gemeenschap; de gemeenschap biedt geen ruimte voor de beoogde exclusiviteit van het gebruiksrecht. Daarnaast wijst hij op de duidelijke behoefte aan in tijd beperkte eigendom van onroerend goed, zoals time-sharing van huizen. Verder worden in verschillende landen steeds meer wettelijke mogelijkheden gecreëerd om aan erfdiensbaarheden wel een verplichting om iets te doen te verbinden. Ten aanzien van zekerheidsrechten op onroerende zaken kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de opkomst van de *anti-lien*, ook wel de *negative pledge* genoemd, en het *pari passu*-beding; de financier neemt dan bij wijze van zekerheid genoeg met de toezegging van de geldlener om de onroerende zaak niet te belasten met zekerheidsrechten ten behoeve van anderen, respectievelijk om aan de begunstigde tenminste evenveel terug te betalen als aan andere schuldeisers.

Ten tweede noemt Rudden de publiciteitsproblematiek ter rechtvaardiging van een *numerus clausus*: *absence of notice*. Kopers moeten kunnen weten welke verplichtingen zij als rechtsverkrijger op zich zullen krijgen. Bij de bespreking van de argumenten van Foëx is al gewezen op het voor de hand liggende bezwaar tegen dit argument in de context van onroerende zaken, namelijk het bestaan van openbare registers en kadasters. Indien de bijzondere inhoud van een goederenrechtelijk recht door middel van een publiciteitsmechanisme tot in details kenbaar is, komen verkrijgers niet voor verrassingen te staan. Rudden vermeldt dit bezwaar, maar noemt niet het hiervoor ook al vermelde argument dat een *numerus clausus* eraan bijdraagt te voorkomen dat het publiciteitsmechanisme van een registerstelsel wordt ontwricht.

Rudden voegt hieraan toe dat het argument ook in een ander opzicht niet overtuigend is. Enerzijds zijn in veel rechtssystemen verkrijgers onder bijzondere titel van een verhuurd goed gebonden aan de huurovereen-



komst ook zonder dat is voorzien in een adequaat publiciteitsstelsel.<sup>55</sup> Anderzijds is in alle rechtsstelsels het enkele feit dat de verkrijger onder bijzondere titel op de hoogte is van verplichtingen die de eigenaar jegens derden op zich heeft genomen, in de meeste gevallen op zich onvoldoende om de verkrijger daaraan gebonden te achten.<sup>56</sup> Om beide redenen is het volgens Rudden moeilijk om aan het argument dat goederenrechtelijke rechten zonder publiciteit niet kunnen bestaan, de rechtvaardiging te ontleen voor de onmogelijkheid om verplichtingen tot een doen te gieten in een goederenrechtelijke vorm.

Het derde argument voor de onmogelijkheid om een zakelijke verplichting om iets te doen te creëren, is *absence of consent*: het uitgangspunt dat niemand gehouden moet worden iets te doen zonder dat hij daarin heeft toegestemd. Echter, doordat de wet reeds op allerlei plaatsen zakelijk gerechtigden dergelijke verplichtingen oplegt, verliest het instemmingsargument aan gewicht. Men denke bijvoorbeeld aan de verschillende bijzondere goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen die door de wet worden gesanctioneerd<sup>57</sup>, aan de diverse burenenrechtelijke verplichtingen<sup>58</sup>, en aan de verplichtingen van de rechtsopvolger van een verhuurder.<sup>59</sup>

Het *absence of consent* argument dat Rudden noemt en bekritiseert, betreft in het bijzonder de aanvaarding van een verplichting om iets te *doen*.

55 In het Anglo-Amerikaanse recht worden verschillende langdurige vormen van huur behandeld als goederenrechtelijke rechten. De beschouwingen van Rudden kunnen worden gelezen vanuit een ruim begrip goederenrechtelijke recht dat ook quasi-goederenrechtelijke fenomenen zoals huur en pacht omvat. Gezien het feit dat Rudden overigens niet ingaat op de eventuele derdenwerking van verbintenissen en overeenkomsten, is echter aannemelijker dat hij zich tot de erkende goederenrechtelijke rechtsfiguren heeft willen beperken. Vanuit Nederlands perspectief is dan geen sprake van een uitzondering op het beginsel dat alleen met publiciteit omgeven goederenrechtelijke rechten derdenwerking hebben, aangezien huur naar de heersende opvattingen geen goederenrechtelijk recht is. Deze wat formele invalshoek is onbevredigend; op een meer materieel niveau moet voor ogen worden gehouden dat de huurder in de meeste gevallen zijn aanspraak toont door de uitoefening van feitelijke macht over het gehuurde.

56 Rudden, a.w., p. 246: "In no system I know is notice either necessary or sufficient for the validity of all property rights. Many countries accept the importance of notice, but contrive to tolerate large exceptions. (...) Notice is not sufficient, because no system holds a fancy binding as property just because the acquirer of land knows all about it." Vgl. J.H. Dalhuisen, *European Private Law: Moving from a Closed to an Open System of Proprietary Rights*, *Edinburgh L. Rev.* 5 (2001) p. 14-16.

57 In de Nederlandse wet: art. 5:71 lid 2 en art. 75 lid 3 BW bij een erfdiensbaaheid, art. 96 lid 2 BW bij erfpacht.

58 In de Nederlandse wet: de verplichtingen uit titel 5.4 BW.

59 In de Nederlandse wet: art. 7:226 BW.

Bij dergelijke verplichtingen weegt dit argument ongetwijfeld het zwaarst, dit gewicht verklaart ook de terughoudendheid waarmee de wetgever dergelijke verplichtingen in het leven roept. Het argument legt echter naar mijn mening ook bij andersoortige verplichtingen enig gewicht in de schaal. Uit de absolute aard van elk goederenrechtelijk recht vloeien verplichtingen voort voor eenieder die met dat recht te maken krijgt, het recht dient door 'derden' te worden geduld en gerespecteerd. Deze algemene rechtsplicht tot een dulden van goederenrechtelijke rechten van anderen bestaat zonder dat daarmee is ingestemd. Weliswaar is er een gradueel verschil tussen een specifieke verplichting om een handeling van een specifieke derde ten aanzien van een eigen goed te dulden en de algemene rechtsplicht om geen inbreuk te maken op goederenrechtelijke rechten van anderen ten aanzien van hun goed, maar dit graduele verschil vermindert naarmate men directer met het goed van een ander te maken krijgt. Wanneer de buurman geen ruimte biedt om over zijn erf naar de straat te lopen, bestaat in beginsel de verplichting om de exclusiviteit van zijn recht te respecteren, zonder dat daarmee op enigerlei wijze is ingestemd. Uit dit voorbeeld blijkt dat ook algemene rechtsplichten verplichtingen in het leven roepen die niet zijn aanvaard.

In wezen refereert het absence of consent argument in algemene zin aan de derdenwerking van absolute rechten. Juist deze premisse van het vermogensrecht noodzaakt tot een beperking van de partijautonomie en tot een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten. De *numerus clausus* is dus in het algemeen mede in het licht van het absence of consent argument te zien.

De vierde reden voor verwerping van servituten in *faciendo* noemt Rudden *pyramiding* het gevaar van een maatschappelijk onwenselijke opeenstapeling van aan grond verbonden verplichtingen tot het verrichten van handelingen van de meest uiteenlopende aard. De mogelijkheid van een dergelijke opeenstapeling dient niet uit haar feodale verleden te worden teruggehaald.

Ook tegen dit argument weet Rudden wat in te brengen, onder andere het tegenargument dat excessen ook op andere wijzen gecorrigeerd kunnen worden, bijvoorbeeld via een wettelijke regel zoals de *Lex Quia Emptores*, waarmee aan rechtsverkrijgers bescherming werd geboden tegen huurders, of door aan de rechter de bevoegdheid toe te kennen de zakelijke verplichtingen te beeindigen, eventueel gepaard met toekenning van een vergoeding.

Het 'pyramiding' argument is veel fundamenteeler dan op basis van de beschouwing van Rudden blijkt. In wezen gaat het om het hogelijk principiële

piële argument van de vrijheid van de eigendom, dat door met name Savigny naar voren is gebracht ter ondersteuning van zijn nieuwe visie op het privaatrecht. Daarin vormt het absolute en abstracte eigendomsbegrip een hoeksteen voor de gehele structuur van het vermogensrecht. De door Rudden genoemde verplichtingen die aan de feodale rechten op grond waren verbonden, vormden een inbreuk op de vrijheden van de mens. Bovendien hinderden ze de mogelijkheden om goederen te verhandelen. Voor de feodale samenleving met haar piramidale structuur betekende de belemmering van de verhandelbaarheid van goederen dat de maatschappelijke verhoudingen statisch waren.

Zoals in hoofdstuk 3 is uiteengezet, vertaalde het Savigniaanse model voor het vermogensrecht zich ook in een restrictieve benadering van de beperkte rechten, aangezien deze in het algemeen de volheid van de eigendom aantasten. 'Pyramiding' is dus ook te verstaan als de verstikking van het eigendomsrecht ten gevolge van de vestiging van beperkte rechten in het algemeen. Dit argument kent niet alleen een juridische, maar ook een rechtseconomische dimensie, die in het vervolg nog uitvoerig aan de orde komt. Daar zal overigens blijken dat de numerus clausus als 'anti-fragmentation device' niet werkelijk bijdraagt aan het vrije verkeer van goederen.

### *5.3.2 De economische argumenten*

Rudden sluit zijn bespreking van de juridische argumenten af met de opmerking dat het voor hem niet duidelijk is waarom het recht een oplossing voor deze problemen moet geven wanneer deze ook door het vrije spel van de markt bereikt kan worden. Dit brengt hem op de rechtseconomische argumenten voor een numerus clausus. Hij schrijft zich ten doel te hebben gesteld in zijn essay het kennelijke conflict te belichten tussen enerzijds moderne rechtseconomische analyses, en anderzijds de rechtsregels van het goederenrecht, in het bijzonder de numerus clausus en de onmogelijkheid servituten die verplichten tot een handelen ten aanzien van grond te creëren. Dat conflict komt niet helemaal uit de verf, ook naar zijn eigen zeggen; zijn conclusies zijn dan ook moeilijk te concretiseren. En passant beschrijft hij wel uitvoerig ook de economische redenen die kunnen worden gegeven voor de geldende regels van het goederenrecht, de numerus clausus in het bijzonder, en de zwakke kanten van die argumenten. In de kritische analyse van de juridische en economische argumenten ligt dan ook het grootste belang van zijn bijdrage. Rudden beschrijft zeven

economische argumenten die worden aangevoerd ten gunste van de *numerus clausus*, om ze vervolgens in twijfel te trekken.<sup>60</sup>

Het eerste rechtseconomische argument dat Rudden noemt, is *marketability*, in de zin van 'verhandelbaarheid': de gedachte dat servituten in faciendo en dergelijke de verkoop van grond tezeer zouden belemmeren, aangezien het goed er voor kopers minder aantrekkelijk door zou worden. Het gaat derhalve om het sociaal-economische belang van vrije overdraagbaarheid van onroerende zaken.<sup>61</sup>

60 O.c., p. 252-260. Vgl. V. Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?, TPR 2005, p. 1046-1056.

61 Rudden verwijst naar de US Restatement of Property (1944) § 537, commentaar *h*: "Free alienability of land is socially desirable. The running of the burden or a promise with the land tends to interfere with the free alienability of the land and thus in a socially undesirable direction." (sic). Het Amerikaanse recht inzake erfdienstbaarheden is sindsdien grondig herzien: zie nu Restatement (Third) of Property: Servitudes (reporter Susan F. French), 2000, o.a. § 3.1 comment *a*: "This Restatement completes the process of displacing the old servitudes rules with rules designed to identify more accurately the situations in which the threatened risks of harm to the general welfare justify judicial intervention to invalidate properly created transactions intended to create interests that run with land. (...) As experience has shown that servitudes are important tools of modern land development, courts and legislatures have eroded the old constraints on servitude creation to the point where recognizing a general freedom to create servitudes more accurately describes the law. This erosion has been accompanied by a corresponding erosion in the traditional strong constructional preference in favor of free use of land.". Zie vooral § 3.5 comment *a*: "Unlike direct restraints on alienation, which directly interfere with the process of conveying land, and have long been understood and constrained by the common law, indirect restraints may have no overall negative effects on the wealth of a society overall or more narrowly, on the value of its land resources. On the contrary, they may result in an overall increase in wealth. Therefore, this section adopts the position that a servitude is not invalid simply because it reduces the value of a particular piece of land or reduces the amount the owner will realize on sale of the land. Unlike direct restraints, where courts can and should weigh the harm that will be caused by limiting alienation of a particular piece of property against the good that will be accomplished by the restriction, courts should not attempt to weigh the harm caused by an indirect restraint against the overall value of the transaction in which the servitude played a part. There are too many potential variables, and private decisionmaking is more likely than judicial decisionmaking to increase overall wealth and well-being.", en de Reporter's note bij § 3.5(2): "This section is new. It separates indirect restraints on alienation from direct restraints and applies a standard articulated as "lacking in rational justification" to indirect restraints, as compared to the "reasonableness" standard applied to direct restraints on alienation. This standard reflects the approach of this Restatement, which is to give effect to the intentions of the parties unless there is a substantial reason to disregard them. In the realm of direct restraints on alienation, the restraints clearly interfere with operation of the free-market economy, and the reasonableness test has been elaborated through many cases. However, in the realm of arrangements challenged as indirect

Rudden heeft zijn twijfels over het gewicht van dit argument. Zijns inziens kan 'belemmering van de verkoopbaarheid' vier betekenissen hebben: (a) beperking van de bevoegdheid tot overdracht, (b) uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden op andere vermogensbestanddelen van de koper ten zekerheid van nakoming van zijn verplichtingen, (c) toename van de kosten van onderzoek in de registers naar de titel, of (d) stijging van de onderhandelingskosten bij verkoop. In geen van deze vier betekenissen vindt Rudden het argument overtuigend. De betekenissen (b) en (c) vormen geen obstakel voor de overdraagbaarheid; slechts de prijs wordt erdoor beïnvloed. Aspect (d) is z.i. evenmin van gewicht aangezien onderhandelingen over allerlei curieuze contractuele constructies ter wezenlijking van het door de verkoper beoogde doel evenzeer kosten veroorzaken. Ten slotte is dimensie (a) volgens Rudden 'not in issue here', vermoedelijk aangezien een servituut die verplicht tot een doen geen beperking van de beschikkingsbevoegdheid oplevert.

Hier zit wellicht een zwakke stee in het betoog van Rudden. Als hij beperkingen van de beschikkingsmacht buiten het bestek van zijn betoog laat vallen, hanteert hij een te enge conceptie van numerus clausus. Uit de analyse van de herkomst van de numerus clausus in hoofdstuk 3 is gebleken dat overdraagbaarheid van vermogensrechten en beperkingen daarop een wezenlijk aspect vormen van numerus clausus. Beperkingen van de beschikkingsmacht zijn rechtstreeks van invloed op de verhandelbaarheid van een goed en dientengevolge op de economische waarde van dat goed op de markt. Wat de overdraagbaarheidsdimensie van marketability betreft, is dit economisch argument ten behoeve van een numerus clausus derhalve significanter dan Rudden suggereert.

Het tweede economische argument is *standardization*: de handel in producten wordt bevorderd door ze te standaardiseren. Standaardisering voorkomt dat kopers steeds opnieuw informatie moeten inwinnen over de specifieke eigenschappen van een product. Dit argument is volgens Rudden waarschijnlijk ook van betekenis in de context van de handel in goederenrechtelijke rechten.<sup>62</sup> Hij aarzelt echter wat rechten op onroeren

---

restraints on alienation, it is much less clear that financial arrangements, in particular, interfere with free functioning of the market in land. It is more likely that a mushy "reasonableness" standard will interfere with the market by introducing a substantial element of doubt into the process of forming transactions. The "lacking in rational justification" standard provides substantially more guidance to parties in negotiating the financial terms of land sales, while protecting land resources from irrationally created servitudes."

62 Rudden, a.w., p. 253 "Economist point out that one feature of markets is that devices develop to standardize the products on offer, so as to reduce the costs of ex-

de zaken betreft Rudden merkt op dat nergens ter wereld een grootschalige beurs in onroerend goed bestaat. Bovendien kunnen kopers ook bij handhaving van de *numerus clausus* worden geconfronteerd met een verkoper die door middel van contractuele constructies bijzondere verplichtingen op wil leggen aan de koper en zijn rechtsopvolgers.

Naar mijn inschatting is er minder reden voor aarzeling over het gewicht van het argument van standaardisering. Ten eerste wreekt zich hier de beperking die Rudden zich heeft opgelegd door het probleem slechts in de context van rechten op onroerende zaken te plaatsen. Rechten op roerende zaken zijn in verschillende vormen wel op grootschalige wijze verhandelbaar op beurzen, bijvoorbeeld de beurzen voor de handel in graan, olie, metalen en dergelijke.<sup>63</sup> Dit argument geldt a fortiori voor de handel in sommige typen vorderingsrechten, zoals opties en swaps. Ook de vestiging en de beschikking van rechten op andere typen vermogensrechten vallen binnen het bereik van het gesloten systeem van het goederenrecht en zijn dus onderworpen aan de *numerus clausus*.<sup>64</sup> Ook het andere aspect van Ruddens aarzeling verdwijnt hiermee wat naar de achtergrond, juist bij de genoemde voorbeelden van handel in vermogensrechten is ook het contractuele traject sterk gestandaardiseerd. In de meeste gevallen hebben deelnemers aan de verschillende vormen van handel op beurzen of andere markten zich moeten committeren aan het op de be-

---

change. A trader who sells a non-standard commodity imposes a cost which he and his buyer do not bear, since the mere existence of his oddity obliges all buyers to seek information on all deals. Thus there may well be reasons why, in order to favour routine trading, the law should not facilitate the coming into being of markets in non-standard packages.

63 Deze markten zijn niet allemaal op dezelfde wijze georganiseerd. Dientengevolge gaat het in sommige gevallen om rechten op levering, niet om rechten op de zaak zelf. Een recht op levering is natuurlijk afgeleid van het zakelijk recht, maar strikt genomen toch een verbintenisrechtelijk recht. Wel is verdedigbaar dat onderscheid kan worden tussen het specifieke type van een vordering tot levering en andersoortige vorderingen uit overeenkomst, het recht op levering vertoont althans in de context van handel via beurzen wat betreft de verhandelbaarheid grote gelijkenis met het recht op de zaak zelf. Hierbij moet wel voor ogen worden gehouden dat de Nederlandse wetgever aan het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw en de Duitse wetgever aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw bewust hebben gekozen voor afschaffing van het oude, voorheen o.a. in Pruisen erkende *jus ad rem*. Dit recht op levering hield het midden tussen een zakelijk en een persoonlijk recht. De versterking van het tegenwoordig zuiver verbintenisrechtelijke recht op levering impliceert derhalve dat een historische keuze van de wetgever wordt teruggedraaid. Voor de wetenschappelijke analyse van het recht is dit geen bezwaar. Zie over het *jus ad rem* § 3.5.1.4.

64 Dit uitgangspunt wordt gerechtvaardigd door het gehanteerde begrip goederenrecht, dat is toegelicht in § 2.5.1. Vgl. Van Erp: *A numerus quasi clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?*, in: *Het plezier van de rechtsvergelijking* (Hondiusbundel), 2003, p. 46.

treffende beurs gebruikelijke standaardcontract, of althans aan internationaal gebruikelijke uniforme standaardvoorwaarden. Ook kan nog gewezen worden op het praktische belang van standaardisering van bijvoorbeeld hypotheekrechten voor de verhandelbaarheid van hypothecaire vorderingen, al dan niet in het kader van een securitisation transactie.

Ten tweede is het argument van de standardization niet los te zien van het argument inzake de informatiekosten, dat door Rudden afzonderlijk ten vierde wordt besproken.

Rudden noemt eerst nog het derde economische argument, dat door hem met de term *market economy* wordt aangeduid. Het betreft het belang van bevordering van *free circulation of things* door beperking van het aantal rechten waarmee die zaken kunnen worden belast. Dit maatschappelijke belang staat in de weg aan erkenning van 'real obligations'. Rudden citeert Honoré, die de voordelen van goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke constructies naast elkaar zet:

"The point of this type of indivestable or not easily divestable right to a thing is to promote security and good management by allowing the holder to count, if he so wishes, on the future use and enjoyment of a particular asset. The point of merely personal rights over property is to give the holder a limited advantage which is compatible with the free circulation of unencumbered property."<sup>65</sup>

Het gaat het er volgens Rudden dus blijkbaar om dat de belemmeringen, en dus de kosten, voor transacties met onroerend goed worden vermindert. Rechten die in een goederenrechtelijke vorm duurzaam zouden zijn, bieden de rechthebbende weliswaar het soms waardevolle vooruitzicht dat ook rechtsopvolgers kunnen profiteren van de gevestigde rechten, maar kunnen tevens een belemmering voor het handelsverkeer vormen.

Daarmee komt Rudden op een vierde argument voor *numerus clausus*: de *information costs*. Door beperking van het aantal mogelijke goederenrechtelijke rechten wordt het voor de burger makkelijker te weten wat er op de markt te koop is; de noodzaak tot kostbaar onderzoek wordt erdoor verminderd. Toegespitst op rechten op onroerende zaken geldt dat de koper ervan uit kan gaan dat hij in beginsel jegens anderen dan de verkoper ten hoogste een plicht tot een dulden heeft.<sup>66</sup>

65 Tony Honoré, *Rights of Exclusion and Immunities against Divesting*, (1960) 34 Tul.L.Rev. 453 op p. 468

66 Rudden, a.w., p. 255 "There seems to be no doubt that the *numerus clausus* reduces the screening costs. The potential buyer of a property interest knows that, wherever he looks, he will find less than a dozen ( ) Similarly, if we consider it from the

Rudden erkent de kracht van dit argument gezien vanuit het perspectief van kopers. De vervreemder die ondanks de vergroting van de informatiekosten aan de verkrijger bijvoorbeeld een verplichting tot een doen wenst op te leggen, wordt echter door de *numerus clausus* niet in toom gehouden. Ook op dit punt weet Rudden een door Bartolus geïnspireerde sluipteg, die de kracht van het argument van de vermindering van de informatiekosten verzwakt.<sup>67</sup> De eigenaar die zijn rechtsverkrijgenden een verzakelijke verplichting om te doen wil opleggen en de huurder die zijn verbintenisrechtelijke aanspraak op genot van de zaak jegens de verhuurder en zijn rechtsverkrijgenden wil versterken, kunnen hun contractuele afspraken versterken door de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht tot zekerheid van nakoming van de contractuele verplichtingen jegens hen. In het geldende Nederlandse recht gaat dit verhaal ook op, zij het indirect: de rechten van pand en hypotheek kunnen op grond van de tekst van art. 3:227 BW slechts strekken tot zekerheid voor voldoening van een geldsom.<sup>68</sup> Door een boetebeding te schuiven tussen de overeengekomen verplichtingen en het zekerheidsrecht, kan ook naar Nederlands goederenrecht toch worden bewerkstelligd dat de contractuele rechten en plichten worden versterkt met een goederenrechtelijke zekerheidsrecht met derdenwerking.<sup>69</sup> De boetebedingconstructie imiteert een goederenrech-

---

position of the buyer of a standard interest (for example, ownership), then he knows that, wherever the immovable is located, he will owe few obligations to people other than the seller. Indeed, the only such obligations will be those falling into the class of servitudes. He knows that, in principle, none of them will cost him time or money. All will involve only duties to refrain."

- 67 Rudden verwijst naar het commentaar van Bartolus de Saxoferrato (1313-1357), *Omnia quae extant opera*, ad D. 19.2.25.1 *Qui fundum* en ad C. 4.65.9. Zie over de constructie-Bartolus ook A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, 2003, p. 36 en 377. Verbintenisrechtelijke constructies zoals een kettingbeding zijn problematisch in het Engelse recht tengevolge van de doctrine of privity of contract, dat mede tot gevolg heeft dat het voor de belanghebbende moeilijk is de contractuele plichten van rechtsopvolgers af te dwingen.
- 68 W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW*, diss. Groningen, 1987, no. 67, en in Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 751, geeft een ruime interpretatie aan dit wettelijke vereiste. Zij moet de vestiging van pand of hypotheek ook mogelijk worden geacht tot zekerheid van een vordering tot het verrichten van een ander soort prestatie, mits deze prestatie tot een geldvordering kan worden herleid. Hiervan is steeds sprake wanneer een vordering door middel van een verklaring als bedoeld in art. 6:87 BW kan worden omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding.
- 69 Een vordering op grond van een boetebeding wordt naar Nederlands recht aangemerkt als een toekomstige vordering, dus een vordering die nog moet ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding, het onzekere voorval waarvan het ontstaan afhankelijk is, is de wanprestatie van de promissor, zie HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman). Voor de constructie is dit echter geen bezwaar, aangezien



telijk recht, waar de *numerus clausus* geen ruimte biedt voor een rechtstreekse goederenrechtelijke verplichting

Bij dit tegenargument van Rudden zijn twee kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste moet niet worden onderschat wat het effect is van standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten op de reductie van de informatiekosten. Uit de analyse van de beschouwingen van Merrill en Smith in de volgende paragraaf zal blijken dat vanuit rechtseconomisch perspectief het belang vooral ligt in de reductie van de informatiekosten voor derden die in vergelijkbare goederen handelen.<sup>70</sup> Een *numerus clausus* is essentieel voor de vermindering van hun informatiekosten tot een acceptabel niveau, terwijl een eventueel contractueel arrangement hen niet hindert.

Ten tweede betreft het tegenargument van Rudden eigenlijk niet de informatiekosten. De mogelijkheid voor de verkoper om via wat meer gecompliceerde verbintenisrechtelijke constructies een resultaat te bereiken dat vergelijkbaar is met een goederenrechtelijk recht, is vooral een kwestie van transactiekosten, de door Rudden ten vijfde genoemde reden.

Het vijfde economische argument voor de *numerus clausus* is reductie van de *transaction costs*. In ruime zin omvatten transactiekosten ook de hierboven genoemde informatiekosten, hier gaat het specifiek over de kosten die gepaard gaan met onderhandelingen voor de totstandkoming van de transactie. Wanneer de inhoud van een beperkt aantal goederenrechtelijke rechten welomschreven is in de wet, verdwijnt de noodzaak daarover lang te onderhandelen. Daar staat tegenover dat de verkoper zijn zin via contractuele weg zal trachten te verwezenlijken. Juist de complicaties die daarmee gepaard gaan, drijven de onderhandelingskosten flink op. Voor zover de rechtsverkrijger op het contractuele vlak tegemoet wil komen aan de bijzondere wensen van de vervreemder, zal in de meeste gevallen dienovereenkomstig de prijs worden verlaagd.

Rudden worstelt met het rechtseconomische gewicht van dit argument. Het is niet duidelijk waarom de onderhandelingskosten door middel van een *numerus clausus* verbannen moeten worden uit de goederenrechtelij-

---

een zekerheidsrecht krachtens art. 3:231 lid 1 BW ook voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd. De boetebedingconstructie maakt meestal deel uit van een securitisation transactie. Zie o.a. M.H.E. Rongen, *Securitisation en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam*, in: *Onderneming en effecten*, 1998, p. 428.

<sup>70</sup> Ook Rudden zelf vermeldt dit argument op p. 253, maar laat het buiten beschouwing na te hebben gesteld dat nergens vrije markten voor onroerend goed bestaan.

ke sfeer, wanneer ze vervolgens onverminderd de kop kunnen opsteken op het verbintenisrechtelijke vlak.<sup>71</sup> Desondanks concludeert Rudden dit:

"It may well be the case, however, that, despite the *numerus apertus* of contract law, the prospective buyer and lessee know that few sellers and lessors are likely to try fancies on them if they cannot feature as standard elements in a deal of that sort."<sup>72</sup>

Rudden geeft overigens niet aan waarom het onwaarschijnlijk is dat in veel gevallen toevlucht wordt genomen tot contractuele arrangementen.

Vervolgens bespreekt Rudden onder het trefwoord *land utilization* een zedeconomisch argument voor beperking van het aantal zakelijke rechten op onroerend goed, en in het bijzonder voor de onmogelijkheid van de vestiging van servituten *in faciendo*. Restrictie van dergelijke erfdienstbaarheden door middel van een *numerus clausus* zou de ontwikkeling en het efficiënte gebruik van het beschikbare land ten goede komen.<sup>73</sup> Erf-

71 Rudden, a.w., p. 256: "the savings effected by the screening process may be outweighed when it comes to acquiring. For although the buyer knows that, in theory, he will not owe many duties to third parties, when he comes to negotiate with a particular seller he may find that, as a matter of contract, the seller may seek to impose any number of fancy obligations. Yet there is no *numerus clausus* of contract. On the contrary, freedom of contracts means that so long as we stay licit we can have any contractual figure custom-built, not to say boiler-plated. The reason for the absence of restrictions at the contract stage is surely that the acceptance of onerous, expensive, or bizarre obligations will be reflected in a lower price. So why is the same not true of property obligations? If our buyer found that he would be bound, by the fact of his ownership, to do things for strangers, presumably he would pay a price reflecting this."

72 O.c., p. 256. Naar Engels recht creëert een lease in veel gevallen een zakelijk recht. Vgl. Ph.A.N. Houwing, recensie preadviezen BCN van Plantenga en Treurniet, WPNR 4496 (1957), p. 280.

73 Rudden verwijst opnieuw naar de inmiddels verouderde Restatement (First) of Property, Division V: Servitudes (1944), § 537, comment *a*. an obligation which binds singular successors "creates a burden upon the ownership of land which may have a disadvantageous effect upon its use and development. There is a social interest in the utilization of land which is adversely affected. (...) Unless a burden has a corresponding advantage (...) the running of the promise by which it was created is not permitted." De inzichten van het American Law Institute, zoals neergelegd in de Restatement (Third) of Property: Servitudes, 2000, zijn inmiddels radicaal gewijzigd, zoals ook blijkt uit de eerdere citaten, supra: tegenwoordig zijn 'affirmative covenant obligations' in beginsel rechtsgeldig. Krachtens § 7.12(1) geldt echter wel dat een 'covenant to pay money or provide services' na 'a reasonable time' eindigt, in comment *b* wordt gesuggereerd aansluiting te zoeken bij de 21-jaarsregel uit het recht inzake perpetuities. Verder voorziet § 7.12(2) is de mogelijkheid van voortijdig rechterlijk ingrijpen tot wijziging of beëindiging van een servituut in *faciendo*. In het algemeen geeft § 3.1 een openbare orde-restrictie en § 3.7 een unconscionability invalidation. Deze beide regels zijn instrumenten om excessen te voorkomen. De parallel met het Nederlandse recht komt aan de orde in het slothoofdstuk, § 9.3.

dienstbaarheden zijn daarom alleen acceptabel als ze inderdaad voordeel opleveren voor het heersende erf in het algemeen voor de eigenaar qualitate qua en niet slechts voor de eigenaar van dat moment persoonlijk. Verder worden zakelijke verplichtingen om iets te doen te belastend geacht.

Ook dit argument ontlokt een waaier van kanttekeningen aan Rudden. Sommige zakelijke verplichtingen tot een doen, zoals onderhoudsverplichtingen, vergroten de totale waarde van alle betrokken erven. Verder zou het opleggen van een verplichting om iets te doen in een goederenrechtelijke vorm worden gecompenseerd door een lagere prijs ten gunste van de koper die ook die verplichting op zich neemt, ten laste van zichzelf en van zijn rechtsverkrijgenden. Ook kan een zakelijke verplichting door de betrokkenen in beginsel altijd in overleg worden beëindigd. Indien nodig, bijvoorbeeld wanneer het aantal betrokkenen groot is en enkelen misbruik maken van de situatie door zonder redelijke grond medewerking te weigeren, kan aan de rechter de bevoegdheid worden gegeven om dergelijke goederenrechtelijke rechten te beëindigen of te wijzigen. Tenslotte stelt Rudden opnieuw dat in vrijwel alle rechtsstelsels aan de vervreemder alternatieve instrumenten ter beschikking staan om de verkrijger toch te verplichten iets te doen, ook al gaat dat gepaard met hogere kosten die ten laste van de verkoopopbrengst gaan.

Rudden stelt vervolgens dat er situaties zijn waarin het efficiënte gebruik van onroerende zaken wordt bevorderd door de vestiging van zakelijke verplichtingen om iets te doen. Het gaat dan om onderhoudsverplichtingen ten aanzien van de centrale verwarming, afwateringsslootjes, gemeenschappelijke ruimtes en dergelijke. Het burenenrecht en het appartementsrecht kennen allerlei aan de eigendom van een zaak verbonden rechten en plichten. In veel rechtsstelsels blijken dergelijke servituten in faciendo ten aanzien van onroerende zaken mondjesmaat en soms verhoud te bestaan. Zo bezien staat numerus clausus volgens Rudden aan nog efficiënter gebruik van onroerende zaken in de weg, aangezien allerlei legitieme, maatschappelijk nuttige en efficiënte verplichtingen om iets te doen vanwege de numerus clausus niet door de betrokkenen zelf in een zakelijk jasje kunnen worden gegoten.

Ten slotte bespreekt Rudden ten zevende het argument van de *durability* van goederenrechtelijke rechten en plichten. In beginsel is er geen economisch bezwaar tegen oneindigheid van goederenrechtelijke rechten, ook niet wanneer het servituten in faciendo betreft. Evenals andere zakelijke rechten zouden ook servituten in faciendo door een overeenkomst van alle betrokkenen kunnen worden beëindigd. Een numerus clausus heeft tot gevolg dat daarvan uitgesloten rechten en verplichtingen steeds op-

nieuw door onderhandeling en overeenkomst tot stand gebracht moeten worden. Dit betekent dat het al dan niet zakelijke karakter van dergelijke rechten en plichten slechts bepalend is voor het antwoord op de vraag wie het initiatief tot vestiging c.q. beëindiging ervan moet nemen. Zijn ze obligatoir, dan is het aan de belanghebbende om ze steeds opnieuw af te spreken; zijn ze zakelijk, dan is het aan de bezwaarde om ertoe over te gaan de beëindiging van de betreffende verplichting uit te onderhandelen.

Toch acht Rudden dit economische argument van betekenis. Naar zijn inschatting zijn de potentiële complicaties van de beëindiging van reeds gevestigde zakelijke rechten en plichten groter dan die van hernieuwde contractuele vestiging van obligatoire rechten en plichten ter verwezenlijking van hetzelfde doel. Rudden spreekt van een *bilateral monopoly* van de zakelijk rechthebbende jegens de bezwaarde, met als mogelijk gevolg dat de beëindiging ervan niet tegen economisch verantwoorde kosten kan worden bewerkstelligd. Naarmate het aantal belanghebbenden bij een zakelijke verplichting groter is, neemt ook het risico toe dat sommige medewerking weigeren op onredelijke gronden.<sup>74</sup> Rudden stelt dan:

"Perhaps, then, there is sense in limiting the occasions for any of these expensive situations by restricting, ere their birth, the class of real rights."<sup>75</sup>

Rudden merkt verder op dat het probleem van bilaterale monopolies vooral acuut is wanneer de het recht geen grenzen stelt aan de wijze de rechthebbende waarop zijn bevoegdheden uitoefent.<sup>76</sup>

In de argumenten en de tegenargumenten van Rudden ligt een vaak genoemd argument besloten, dat hier wat duidelijker onder woorden moet worden gebracht: de *numerus clausus* wordt dikwijls gerechtvaardigd als een '*anti-fragmentation device*'. Wanneer een goederenrechtelijk recht wordt versplinterd door de vestiging van allerlei oude en nieuwe typen beperkte rechten van verschillende aard, ontstaat een piramide van gerechtigden, die de gebruiksmogelijkheden ten aanzien van een goed kunnen verstikken en die verkoopbaarheid van een goed kunnen hinderen of zelfs on-

74 Rechtseconomen spreken van de *hold-out* en *free-rider* problematiek.

75 Rudden, a.w., p. 259.

76 In § 9.3.2 zal blijken dat de moedergerechtigde naar Nederlands recht mogelijkheden heeft om te ageren tegen een beperkt gerechtigde die weigert in te stemmen met aanpassing van een beperkt recht. Het durability argument voor de *numerus clausus* verliest dan een deel van zijn kracht. Vgl. ook de wijzigingen van het appartementsrecht, zodat voor sommige beslissingen van de vereniging van eigenaren niet langer unanimiteit wordt vereist.

mogelijk maken.<sup>77</sup> Dit oude argument is uiteraard ook in economische termen verwoord, bijvoorbeeld door Posner:

A rule forbidding restraints on alienation "reduces transaction costs, because restraints on alienation, like rights of first refusal, create in effect divided ownership, thereby increasing the number of parties whose agreement must be obtained before property can be transferred".<sup>78</sup>

Het bezwaar van de opsplitsing van het eigendomsrecht door de vestiging van beperkte rechten houdt dus niet alleen met de principiële vrijheid van de eigendom verband, maar kent ook een rechtseconomisch aspect.

Het probleem met dit argument is dat ook binnen een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten niets eraan in de weg staat om een goed vele malen te bezwaren met beperkte rechten. Het effect van een mede-eigendomsconstructie is nog sterker. Merrill en Smith hebben verwoord dat de *numerus clausus* wat het tegengaan van fragmentation betreft derhalve weinig zoden aan de dijk zet:

"The primary candidate for an economic explanation has been the suggestion that the *numerus clausus* is a device for minimizing the effects of durable property interests on those dealing with assets in the future,\* and in particular the effects of excessive fragmentation of interests, or an "anticommons". On this view, the *numerus clausus* serves to prevent situations in which too many individuals have a veto right over the use or disposition of a resource. But whatever the merits of this anti-fragmentation view for other property doctrines, it does not fully explain the *numerus clausus*, which is aimed at limiting *types* of rights, not the number of rightholders. Limiting fragmentation is at best a sufficiently robust explanation to account for the universal nature of the doctrine and its tenacious hold on postfeudal legal systems."<sup>79</sup>

77 Deze zin refereert aan de door Rudden genoemde argumenten van *pyramiding*, *marketability*, de *free circulation of things* en de *durability* van goederenrechtelijke rechten, met het risico van *free-riders*. Vgl. ook Foex, nrs. 16-23. Het argument ligt uiteraard ook reeds besloten in de restrictieve benadering van de beperkte rechten in het Savigniaanse model, waarover § 3.5.

78 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> druk 1998, p. 559-560. Zie in de Amerikaanse literatuur verder Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, (1999) 108 Yale LJ, p. 1176.

79 Merrill en Smith, (2000) 110 Yale L.J. 1-70 (waarover § 5.4), p. 6. Op de plaats van de asterisk wordt verwezen naar noot 11: "This concern about future parties dealing in assets subject to idiosyncratic or fragmented rights also animates the vaguer concerns in traditional doctrine about restraints on alienation and the more recent literature reflecting anti-fragmentarian concerns." Zie ook p. 24-25: "The restraint on alienation presumably would occur because of fragmentation of property rights - the interests would create an open-ended class of potential claimants to the property. The resulting bargaining difficulties would have created large transaction-cost barriers to any exchange of the property, creating an undue restraint on alienation. The trouble with this argument is that the system of estates in land is sufficiently

Als argument ten behoeve van een *numerus clausus* in het goederenrecht is het belang van het tegengaan van een verstikkende opsplitsing en verdeling van de rechten op een goed onder een pluraliteit van gerechtigden dus niet erg overtuigend. Voor zover dit belang rechtens dient te worden gewaarborgd, bestaan hiervoor andere instrumenten in het vermogensrecht.<sup>80</sup>

### 5.3.3 Kanttekeningen bij de beschouwingen van Rudden

Het kenmerkt de juridische geest van Rudden dat hij voor elke vraag een tegenvraag en voor elk argument een tegenargument heeft. Hierdoor geeft het essay over de *numerus clausus* de lezer de indruk dat de argumenten voor *numerus clausus* uiteindelijk onvoldoende overtuigen. Toch komt ook Rudden zelf niet uitdrukkelijk tot de conclusie dat een '*numerus apertus*' van goederenrechtelijke rechten de voorkeur verdient. Dat verbaast ook niet wanneer men zich realiseert dat de focus van het essay sterk was gericht op servituten in *faciendo*, dat wil zeggen: louter op rechten op onroerende zaken die de gerechtigde tot die zaken verplichten tot

---

flexible that one can nearly always find a way to effectuate a complicated conveyance. (...) This suggests that the *numerus clausus* is not in fact a very effective device for limiting undue restraints on alienation.", en verder p. 51-54, § V.B, op p. 52: "Viewed as an antifragmentation regime, however, the *numerus clausus* has a very curious quality; namely, it prohibits some kinds of fragmentation but is highly tolerant of others. (...) Not only does the *numerus clausus* tolerate much fragmentation, the principle's operation does not necessarily lead to less fragmentation. (...) Many applications of the *numerus clausus* do not result in fewer rightholders, making the doctrine difficult to view as an antifragmentation device."

80 Vgl. Merrill en Smith, a.w., p. 53: "the problem of fragmentation is addressed much more directly through other legal doctrines besides the *numerus clausus*. (...) the action for partition, adverse possession, the Rule Against Perpetuities, recording acts, doctrines of changed conditions, the government's power of eminent domain, and the like appear to be much more direct and cost-effective methods of preventing excess fragmentation of property rights. Compared to these devices, the *numerus clausus* does relatively little to limit excessive fragmentation. Simply pointing out that a rule has the effect of limiting fragmentation to some degree is not enough to provide a persuasive explanation for its existence." In het Nederlandse recht zijn vooral de wettelijke bepalingen van belang die de rechter de mogelijkheid geven om desverzocht een zakelijk recht op grond van gewijzigde of bezwarende omstandigheden aan te passen of zelfs op te heffen; zie o.a. art. 5:78 BW voor erfdienstbaarheden, art. 5:97 BW voor erfpacht en, juncto art. 5:104 BW voor het recht van opstal, en verder verschillende bijzondere bepalingen in de regelingen van het appartementenrecht en het vruchtgebruik. Volgens een stroming in de literatuur komt ook art. 6:2 en 248 BW in aanmerking voor toepassing in de verhouding tussen goederenrechtelijk gerechtigden. Zie verder art. 4:33 BW, dat de kantonrechter in staat stelt in te grijpen in het krachtens erfrecht ontstane vruchtgebruik van de langstlevende. Zie nader § 9.3.

een handelen. De goederenrechtelijke rechten op roerende zaken en de rechten op andere vermogensrechten zijn buiten beschouwing gebleven. Zouden de beschouwingen van Rudden al dwingen tot versoepeling van de *numerus clausus*, dan geldt dat vooral voor het recht inzake erfdiensbaatheden. Deze versoepeling heeft inderdaad plaatsgevonden, in de Verenigde Staten van Amerika en mondjesmaat in Nederland.<sup>81</sup>

Ook binnen het kader van het onderwerp van Ruddens essay zijn echter wel enige algemene opmerkingen te maken ter nuancering van zijn kritiek. Het zijn er drie, betreffende respectievelijk de validiteit van het argument van het contractuele alternatief, de impliciete vereenzelviging van de *numerus clausus* in het goederenrecht met de onmogelijkheid om servituten in *faciendo* in het leven te roepen, en ten slotte zijn methodologische benadering.

Een steeds terugkerend argument in Ruddens betoog is dat partijen langs een gecompliceerde en dus kostbare contractuele weg kunnen bereiken wat goederenrechtelijk niet kan.<sup>82</sup> In het Nederlandse recht is een dergelijke contractuele constructie bij onroerende zaken bekend onder de noemer *kettingbeding*. Het lijkt dan wenselijker de partijen de vrijheid te geven om zelf onbeperkt allerlei wenselijke en gewenste verplichtingen in verzakelijke vorm te koppelen aan de eigendom van onroerende zaken. De contractuele sluipwegen ontnemen z.i. derhalve de zin aan *numerus clausus*. De wettelijke beperking van het aantal goederenrechtelijke rechten verliest zo haar relevantie.<sup>83</sup>

Het gewicht van dit tegenargument moet m.i. niet worden overschat. Contractuele constructies vormen niet in alle opzichten een levensvatbaar en effectief alternatief; soms zijn ze in meer of mindere mate krachteloos. Enerzijds is denkbaar dat dergelijke obligatoire constructies in sommige gevallen als zodanig nietig en onafdwingbaar zijn wegens strijd met de

81 Zie de citaten in een noot bij § 5.3.2. Vgl. voor België V. Sagaert, *Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?*, TPR 2005, p. 1072

82 Zie ook Sagaert, a.w., p. 1052, nr. 71.

83 Dit argument van Rudden wordt door Merrill en Smith, p. 54-58, 'the irrelevance objection' genoemd, zie p. 54. "A final potential objection to our theory is that although the *numerus clausus* is a feature of traditional forms of property such as estates in land, it is for practical purposes irrelevant in the modern world, given the emergence of new forms of organizational ownership based on contract. Contract, the objection would run, has in effect superseded property. Contract rights are now generally freely assignable, giving such rights the kind of transferability traditionally associated with property." Merrill en Smith bestrijden dit argument met o.a. de stelling dat "modern organizational forms [based on contract] build up from and are dependent on the foundation established by the *numerus clausus*" of basic property forms

letter of de strekking van de wet, in het bijzonder in het licht van de *numerus clausus*.<sup>84</sup> Anderzijds zijn contractuele constructies zoals kettingbedingen uiteindelijk in sommige situaties zwakker dan goederenrechtelijke constructies, in het bijzonder ten opzichte van derden, zowel in als buiten faillissement.<sup>85</sup>

Rudden laat het perspectief van derden volledig onbesproken, ondanks het feit dat het in het goederenrecht, in het bijzonder bij de *numerus clausus*, nu juist draait om de werking ten opzichte van derden. Derden zoals andere schuldeisers van de beschikker worden door goederenrechtelijke handelingen wel belast, maar in beginsel niet door obligatoire constructies. Rudden schetst het plaatje van rechtsopvolgers onder bijzondere titel, maar niet van andere belanghebbende derden zoals schuldeisers. Bij de lakmoesproef van het faillissement maakt het onderscheid tussen goederenrechtelijke en obligatoire constructies wel degelijk uit. In het Nederlandse recht is een beslaglegger in beginsel niet gehouden om bij executoriale verkoop van de beslagen zaak een daarmee verband houdend kettingbeding te respecteren door het op te leggen aan de executiekoper.<sup>86</sup> Ook de door Rudden vele malen opgevoerde huurder van een onroerende zaak kan naar Nederlands recht zijn contractuele rechten niet waarmaken

---

84 In het Nederlandse recht biedt art. 3:40 BW daarvoor een grondslag, evenals strekkingsbepalingen zoals art. 3:84 lid 3 BW (het fiduciaverbod), art. 7A:1576h lid 2 BW (huurkoop) en in het fiscale recht ten aanzien van economische eigendom art. 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer.

85 Vaststaat dat een kettingbeding in het Nederlandse recht geen 'zakelijke werking' heeft: zie HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Eilandengebied Curaçao/Boyé). De rechtsverkrijger onder bijzondere titel is dus niet van rechtswege gebonden aan de in het beding vervatte verplichting. Wel handelt hij onder betrekkelijk uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatige jegens de belanghebbende. Er is een tendens dat de notaris op grond van tuchtrechtelijke jurisprudentie zal weigeren om mee te werken aan een levering die een schending oplevert van een kettingbeding. Zie nader § 9.2.1.1.

86 Executie is de Achilleshiel van constructies die zijn gebaseerd op een kettingbeding. Een kettingbeding kan ook worden genegeerd door de curator in het faillissement van degene die zich door middel van een kettingbeding heeft gebonden, aldus Asser-Hartkamp 4-II, 12<sup>e</sup> druk 2005, nr. 413. Naar mijn mening kan een beslaglegger ook een contractuele clause van onoverdraagbaarheid ten aanzien van eigendom of een beperkt recht negeren. H.W. Heyman, Blaauboer/Berlips, NTBR 2002/7, § 5, stelt dat een executant misbruik maakt van zijn bevoegdheid om vrij van kettingbedingen te verkopen wanneer zijn vordering ook bij doorgifte van het waardedrukkende kettingbeding volledig uit de opbrengst kan worden voldaan; zo ook AG Biegman-Hartogh voor HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).



jegens een hypotheekhouder of een executiekoper indien er een huurbeding is opgenomen in de akte van hypotheekverlening.<sup>87</sup>

Tenslotte de door Rudden veronderstelde *numerus apertus* van het contractenrecht. Het feit dat partijen in het contractenrecht vrijwel volledig vrij zijn om hun verhouding in te richten zoals ze zelf willen, betekent niet dat ze dat in de praktijk ook doen. Zelfs in de hypothese dat er helemaal geen goederenrechtelijke rechten bestaan en dat het gehele rechtsverkeer wordt gebaseerd op contractuele afspraken, is het waarschijnlijk dat een mate van standaardisatie ten aanzien van sommige typen contracten plaatsvindt. Standaardisatie van contracten is aantrekkelijk wanneer daarbij steeds derden betrokken raken, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van cessionaris of van pandhouder. Dezelfde rechtseconomische dynamiek speelt ook volgens Merrill en Smith een rol in het contractenrecht:

"even in a hypothetical world in which property rights had been rendered irrelevant by contract rights, the resulting contract-based regime would contain features that mirror, at least to a significant degree, the optimal standardization that the *numerus clausus* promotes with respect to property."<sup>88</sup>

Het recht inzake waardepapieren en het recht inzake swaps en andere derivaten bieden voorbeelden van vergroting van verhandelbaarheid door standaardisering van verbinteniserrechtelijke rechten en plichten. Ook branchebrede sets van algemene voorwaarden, zoals de Algemene Bankvoorwaarden, zijn hiervan een voorbeeld.

De tweede kanttekening bij de beschouwingen van Rudden betreft de vereenzelviging van *numerus clausus* met de onmogelijkheid om naar behoefte servituten in *faciendo* te creëren. Rudden acht het denkbaar dat efficiënter en zorgvuldiger gebruik van onroerende zaken wordt gemaakt als de mogelijkheid om daaraan verplichtingen tot het verrichten van een bepaalde handeling kunnen worden verbonden. Bijvoorbeeld de mogelijkheid tot verzakelijking van de verplichting tot onderhoud van de verwarmingsinstallatie, of van de verplichting het gras van de buurman regelmatig te maaien, zou de samenleving ten goede kunnen komen.

87 Art. 3:264 BW. Zie R. Westrik, 'Koop breekt geen huur' en het huurbeding, diss. Rotterdam, 2001.

88 O.c., p. 58. Zie ook p. 57: "We also suspect, although the point takes us beyond the scope of this Article, that a close look at various contractual and contract-based solutions to the control of resources would reveal that contract law takes on a more standardized, that is, more *numerus clausus*-like quality, the more third parties enter into the picture." Deze gedachte is verder uitgewerkt in Thomas W. Merrill en Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, (2001) 101 Colum. L. Rev. 773.

Met dit argument is echter de onzin van numerus clausus niet aangetoond. Sommige van dergelijke erfdiensbaarheden zouden voor zover wenselijk binnen de numerus clausus kunnen worden gebracht. Als de wetgever het nuttig acht dat eigenaren q.q. kunnen worden verplicht om het gras van de burens of het gras van de middenberm op straat te maaien, dan kan hij die mogelijkheid in de wet opnemen in de vorm van een specifiek soort erfdiensbaardheid of eventueel in de vorm van een nieuw zakelijk recht. Ruddens voorbeelden van wenselijke servituten in *faciendo* leveren geen argument tegen numerus clausus op. Ze illustreren hoogstens de wenselijkheid van verruiming van de mogelijkheden om een verplichting tot een handelen te gieten in de vorm van een erfdiensbaardheid.<sup>89</sup> Meer algemeen komt het betoog van Ruddens dus neer op een pleidooi voor stapsgewijze uitbreiding van het aantal typen zakelijke rechten.<sup>90</sup> De numerus clausus als zodanig blijft daarmee echter intact.

De derde opmerking betreft niet de inhoud van Ruddens argumenten maar zijn redeneertrant. Hij lijkt nogal te worden gestuurd door de gedachte dat er één argument, beginsel of uitgangspunt gevonden moet worden dat op zich de zin van numerus clausus geheel bevredigend kan verklaren. Wanneer dan blijkt dat dat niet lukt en dat bij elk argument wel een kanttekening kan worden geplaatst, lijkt men volgens Ruddens tot de conclusie te moeten komen dat er geen overtuigende rechtvaardiging voor de numerus clausus bestaat. Een voorbeeld is de publiciteitsratio van numerus clausus: Ruddens aanvaardt dat de kenbaarheid van zakelijke rechten door een numerus clausus wordt gediend, maar constateert vervolgens dat de verkrijger van een huis verplicht is de rechten van een huurder te respecteren ook zonder dat de huur kenbaar is uit de registers.<sup>91</sup> Inderdaad moet erkend worden dat de regels die het adagium

89 Zoals in verschillende voetnoten naar voren is gekomen, is in de Verenigde Staten inderdaad het roer radicaal in deze richting omgegooid. In Nederland is de wetgever veel voorzichtiger geweest, de uitbreiding van de mogelijkheden geschiedde slechts mondjesmaat.

90 Vgl. Maeijer, Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, preadvies BCN, 1966, p. 43-46, en specifiek voor verplichtingen in *faciendo* Heyman, a.w.

91 De niet-inschrijfbaarheid van een huurovereenkomst is uitdrukkelijk in de Nederlandse wet vermeld in art. 3:17 lid 2 BW. Van belang is bovendien dat de verkrijger van een verhuurde zaak tengevolge van de rechtsregel in HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder) en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa) geconfronteerd kan worden met een cessie bij voorbaat van de toekomstige huurvorderingen. Een dergelijke cessie kan aan de verkrijger van het verhuurde pand worden tegengeworpen zonder dat deze kenbaar was uit de openbare registers. Dit gegeven is bekritiseerd door Meijers in zijn noot in NJ 1940, 848 "De fout zit bij de wetgever, die maar steeds niet erkennen wil, dat tengevolge van

'koop breekt geen huur' incorporeren zonder dat het recht van een huurder kan worden aangetekend in de registers, niet goed verenigbaar zijn met hetgeen mede door middel van een numerus clausus wordt beoogd.

Afgezien van de kanttekening dat het recht van een huurder een notoir grensgeval tussen goederenrecht en verbintenissenrecht vormt en overigens in veel gevallen uit de feitelijke situatie kenbaar zal zijn, kan aan Rudden worden tegengeworpen dat hij de verschillende argumenten voor de numerus clausus te drastisch ecarteert: hij wekt de indruk van mening te zijn dat met elke uitzondering ook direct de regel van tafel is. Voor een dergelijke methodologische benadering - die men wellicht de falsificatiemethode kan noemen - is het recht te weinig een geheel coherent en consistent, quasi-mathematisch systeem; eerder is het een chaotische aaneenschakeling van min of meer onafhankelijk van elkaar ontwikkelde leerstukken. Alle (andere) goederenrechtelijke rechten op onroerende zaken zijn wel uit openbare registers kenbaar; alle (andere) verbintenissenrechtelijke rechten op onroerende zaken, zelfs die welke wel indirect uit registers kenbaar zijn, kunnen in beginsel niet aan derden worden tegengeworpen. Voor al deze andere rechten gaat de publiciteitsratio van de numerus clausus wel op.

Ook meer algemeen lijkt het mij beter om bij de zoektocht naar de ratio van een leerstuk een andere aanpak te kiezen. Het is vruchtbaarder inspiratie te zoeken bij de methodologische benadering van Meijers: die van het normaaltype.<sup>92</sup> De zin en de rechtvaardiging van de numerus clausus

---

art. 1612 de huur zakelijke werking heeft, zoodat een huurovereenkomst en een beschikking over huurtermijnen voor een eenigszins langeren termijn in de registers overgeschreven dienden te worden. Niet dat de eigenaar aan een derde toekomstige huurtermijnen kan overdragen, is onjuist, maar dat dit kan geschieden zonder eenige openbaarheid." In het Ontwerp Meijers was dan ook een bijzondere bepaling opgenomen in ontwerp-art. 3.1.1.9 lid 5: 'Het recht op toekomstige vruchten kan los van het goed dat hen voortbrengt, worden overgedragen; ten nadele van latere verkrijgers onder bijzondere titel van het goed werkt deze overdracht eerst nadat is voldaan aan de vereisten, die de wet voor de vestiging van een recht van vruchtgebruik op dat goed stelt, een en ander onverminderd hetgeen omtrent huur en pacht is bepaald.' Deze bepaling is later uit het ontwerp geschrapt, omdat ingeval van verhuur van registergoederen de eis van inschrijving van de cessie bij voorbaat in de openbare registers te zwaar bevonden werd. Zie MvA II bij art. 3:9, PG 3, p. 96, en de Toelichting bij afd. 7.4.4 BW, p. 941 onder 8. Zie R. Westrik, diss. Rotterdam, 2001, h. 3.

92 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 86-90. Steeds dient in het achterhoofd te worden gehouden dat de normaaltype-benadering door Meijers is ontwikkeld in het kader van de vraag in hoeverre een subjectief recht als een zakelijk recht moet worden aangemerkt. Deze benadering moet bovendien worden toegepast op het niveau van de algemene rechtsleer. De benadering is dus in praktisch opzicht vooral bedoeld als een instrument voor de wetgever wanneer deze voor de keuze staat een subjectief recht in de wetten te behandelen als een

worden dan niet in één argument of beginsel gezocht, maar in het steeds wisselende samenspel van verschillende beginselen, waarbij dezelfde beginselen steeds een verschillende rol spelen met verschillend gewicht. De ratio van de numerus clausus wordt dan niet in abstracto bezien, maar in het kader van een concrete rechtsfiguur waarmee wordt gestoten op de grenzen van de numerus clausus. Is bijvoorbeeld sprake van een eeuwigdurend recht van erfpacht of van vruchtgebruik, dan spelen de *pyramiding* en de *durability* dimensies van de numerus clausus een prominente rol. Gaat het om een timeshare variant van een goederenrechtelijk recht, dan draait de vraag van de rechtsgeldigheid in verband met de numerus clausus vooral om de onsplitsbaarheid van rechten in verband met het waarborgen van de verhandelbaarheid van goederen door het voorkomen van *bilateral monopolies*. Zo kunnen de verschillende beginselen achter de numerus clausus per geval in wisselende samenstelling voldoende rechtvaardiging opleveren voor nietigheid wegens afwijking van de numerus clausus, terwijl die beginselen ieder op zich onvoldoende overtuigend zijn om de numerus clausus in abstracto volledig te kunnen rechtvaardigen.

De methodologische kanttekening geldt nog sterker voor de rechtseconomische analyses van Rudden. In de rechtseconomie gaat het erom enerzijds de waarde van een recht of een bevoegdheid en anderzijds allerlei kosten voor de betrokkenen, voor derden en voor de maatschappij als geheel in kaart te brengen. In rechtseconomisch opzicht is niet relevant *dat* er alternatieve verbintenisrechtelijke constructies bestaan waarmee kan worden bereikt wat goederenrechtelijk niet mogelijk is gemaakt, maar wel hoe hoog de extra kosten van die verbintenisrechtelijke constructie zijn en vooral door wie die kosten worden gedragen. De hoogte van de kosten voor een gebruiker van een constructie beïnvloedt de mate waarin er gebruik van wordt gemaakt. Bovendien biedt de rechtseconomische kostenanalyse de mogelijkheid om te beoordelen of het rechtsregime dat het recht aanbiedt - een goederenrechtelijk recht, dan wel slechts een complexe verbintenisrechtelijke constructie met onvolledige derdenwerking - efficiënt is gezien de baten en de lasten voor de gebruikers zelf, voor derden en voor de maatschappij als geheel. Deze kanttekening nodigt uit om dieper in de rechtseconomie te duiken op basis van de stellingen over de numerus clausus van Merrill en Smith.

---

zakelijk dan wel een persoonlijk recht. Zie ook § 7.3.3 en 5. Toch getuigt de normaaltype-benadering van een denkmodel dat ook in andere kaders interessante perspectieven biedt, zoals hier bij de analyse van de ratio van de numerus clausus. Hiervoor heeft Meijers de benadering echter niet ontwikkeld.

## 5.4 De rechtseconomische rechtvaardiging voor de numerus clausus van Merrill en Smith

In een artikel in de *Yale Law Journal* uit 2000 hebben Thomas Merrill en Henry Smith het rechtseconomisch perspectief op numerus clausus verder uitgewerkt en het numerus clausus beginsel van een rechtseconomische onderbouwing voorzien.<sup>93</sup> De kern van hun redenering wordt in deze paragraaf uit de doeken gedaan. Eerst worden enige basisbegrippen en uitgangspunten van wat in Amerika *Law & Economics* heet, kort toegelicht. Tot slot komt ook de kritiek van Hansmann en Kraakman op de benadering van Merrill en Smith aan de orde.

### 5.4.1 Basisbegrippen van de rechtseconomie

De rechtseconomie streeft naar juridische efficiëntie ter vergroting van de maatschappelijke welvaart.<sup>94</sup> Rechtsregels uit alle rechtsgebieden worden door een economische bril gezien en getoetst op de mate waarin zij bijdragen aan de meest efficiënte inrichting van het maatschappelijk verkeer. Een rechtsregel is niet efficiënt indien de regel maatschappelijke kosten creëert, die met een andere rechtsregel hadden kunnen worden voorkomen. Een impliciete aanname van de rechtseconomie is dat de ethiek en de moraal geen tegengestelde grootheden van efficiëntie zijn, alleen een efficiënte rechtsregel is moreel verantwoord.<sup>95</sup>

Centraal in de rechtseconomie staat het marktdenken: de gedachte is dat men bereid is meer voor een goed te betalen naarmate de behoefte en het verlangen ernaar groter zijn. Wanneer de waarde van een goed groter is voor de één dan voor de ander, bijvoorbeeld omdat die ander al meer

93 Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, (2000) 110 *Yale L.J.* 1-70

94 Zie o.a. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2<sup>e</sup> druk 1977, p. 16-17: 'many of the doctrines and institutions of the legal system are best understood and explained as efforts to promote the efficient allocation of resources'

95 Moderne stromingen binnen *Law & Economics* trachten de ethiek en de moraal en in verband hiermee een politiek van herverdeling van goederen een zelfstandige plaats te geven in de rechtseconomische analyses. Het fundament voor deze benadering is gelegd door Guido Calabresi and Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, HLR 85 (1972) p. 1089-1128. Zie ook de kritische evaluatie van de rechtseconomie door J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis - Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, 1992, op p. 21 en 31-37, de kritiek van Nieuwenhuis moet worden gezien in de context van het aansprakelijkheidsrecht. Zie verder in AAe 39 (1990) 10, Bijzonder nummer *Rechtseconomie*, o.a. de bijdrage van A.M. Hol, *Efficiëntie als instrument en als norm*, p. 632-644.

dan volledig voorzien is, komt een transactie tot stand die leidt tot de per saldo door de betrokkenen verlangde verschuiving en herverdeling van goederen. Rechtsregels hebben daarbij een tweeledige functie. Ten eerste waarborgen zij het functioneren van de markt door het rechtsverkeer te voorzien van verkeersregels. Ten tweede creëren rechtsregels de uitgangsposities van iedere deelnemer aan het rechtsverkeer; wanneer de markt perfect functioneert, maakt het daarbij niet eens uit wie wat en hoeveel krijgt toegekend, aangezien de marktwerking uiteindelijk toch wel resulteert in een efficiënte verdeling van alle beschikbare middelen over alle rechtssubjecten.<sup>96</sup> De zo volledig mogelijke contractsvrijheid is in het marktdenken van de rechtseconomie essentieel.<sup>97</sup>

In het maatschappelijke verkeer bestaan verschillende typen kosten die van invloed zijn op de totstandkoming van transacties die moeten leiden tot de meest efficiënte verdeling van goederen. Onderscheiden worden ten eerste de zogenaamde *information costs*; hiermee wordt bedoeld op de kosten die zijn gemoeid met de verkenning van wat op de markt wordt aangeboden. Informatiekosten worden soms aangeduid als *measurement costs*.<sup>98</sup> Ten tweede zijn er de *transaction costs*. In ruime zin omvatten de transactiekosten ook de informatiekosten; in engere zin gaat het om de kosten van het onderhandelingsproces en van het smeden van de overeenkomst. Naarmate partijen meer zelf willen regelen, worden de transactiekosten hoger. Dan zijn er ten derde de *frustration costs*; hiermee wordt bedoeld op het nadeel dat een deelnemer aan het rechtsverkeer lijdt wanneer zijn verlangen niet verwezenlijkt kan worden, ofwel omdat het recht

---

96 Dit revolutionaire inzicht is verschaft door Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960) p. 1-44. Dit artikel wordt algemeen erkend als de basis voor de law & economics stroming in het Amerikaanse rechtsdenken. Coase erkent dat een volledig vrije en perfect functionerende markt een hypothese is die in de werkelijkheid niet voorkomt. Dientengevolge maakt het wel verschil welke uitgangspositie, vaak als 'property right' verwoord, de participanten op de markt van rechtswege hebben. Het recht dient derhalve zo ingericht te worden dat de stoorzenders in het marktverkeer niet ten koste gaan van de optimalisering van de efficiëntie van verschuivingen van vermogensbestanddelen door transacties.

97 Merrill en Smith, p. 5: "The principle that property forms are fixed and limited in number represents an extremely important qualification to the principle of freedom of contract - a principle widely regarded by law-and-economics scholars as promoting the efficient allocation of resources."

98 Het begrip *measurement costs* staat centraal in de beschouwingen van Merrill en Smith. Zie voor hun definiering van dit begrip, a.w., noot 107: "Measurement costs are a reflection of information costs, and the terms can usually be used interchangeably for our purposes. Measurement reduces uncertainty and is the quantification of information, measurement, being observable, makes a model easier to operationalize."

het verbiedt, ofwel omdat de verschillende kosten zo hoog zijn dat de transactie onaantrekkelijk wordt. De informatie- en transactiekosten bepalen mede de prijs die wordt betaald voor een goed op de markt van het rechtsverkeer.

Wanneer deze kosten niet worden verdisconteerd in de prijs die de betrokkenen betalen voor een goed, is sprake van een *externality* of externaliteit, soms *social costs* genoemd. De kosten worden door anderen gedragen zonder dat de veroorzaker van de kosten daarvoor een vergoeding betaalt in de vorm van een hogere prijs. Dergelijke externaliteiten gaan structureel ten koste van de efficiëntie van de markt, doordat de door anderen gedragen kosten niet worden afgewenteld op de veroorzaker van de kosten, is geen sprake van een correctie. Indien de kosten wel op de veroorzaker zouden worden afgewenteld, zou deze ofwel de kosten dragen wanneer de door hem genoten voordelen de te dragen kosten overtreffen, ofwel zijn gedrag staken indien de kosten hoger zijn dan de waarde die hij aan zijn kostenveroorzakende gedrag toekent. De rechtseconomie streeft ernaar de rechtsregels zo te formuleren dat externaliteiten worden vermeden, ofwel door manieren te vinden waarop dergelijke kosten toch in het marktverkeer worden verdisconteerd, ofwel door grenzen te stellen aan hetgeen rechtens mogelijk is. Een dergelijke grens bestaat in het goederenrecht: de essentie van *numerus clausus* is dat grenzen worden gesteld aan de vrijheid van rechtssubjecten om hun eigen typen goederenrechtelijke rechten te creëren. De cruciale vraag is nu of deze inbreuk op de contractsvrijheid vanuit rechtseconomisch perspectief is te rechtvaardigen.

#### 5.4.2 *Information costs en standaardisering*

Merrill en Smith tonen aan dat de *numerus clausus* vanuit rechtseconomisch perspectief de functie heeft een vermindering te bewerkstelligen van de informatiekosten voor derden die niet worden verdisconteerd door de partijen die nieuwe typen rechten zouden willen creëren. Deze kosten vormen een externaliteit, die door standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten op een effectieve manier wordt aangepakt.

Wanneer het gaat om goederenrechtelijke rechten, moeten drie categorieën betrokkenen worden onderscheiden. De eerste groep bestaat uit degenen die partij zijn bij de vestiging van een beperkt recht. De tweede uit de rechtsopvolgers van de eerste groep, zowel rechtsopvolgers onder algemene titel als rechtsverkrijgers onder bijzondere titel. De derde groep bestaat uit alle anderen, hierbij moet niet alleen worden gedacht aan degenen die de absolute goederenrechtelijke rechten van de eerste twee groepen hebben te respecteren door schending ervan te vermijden, maar

ook aan degenen die handelen in vergelijkbare goederen. De informatiekosten die door deze derde groep worden gedragen, vormen de externaliteit die rechtseconomisch onverantwoord is.

Het voorbeeld van Merrill en Smith is verhelderend: honderd personen zijn ieder eigenaar van een horloge. Eén van hen, A, besluit zijn horloge te verkopen aan B, maar komt daarbij overeen dat A een nieuw type recht op het horloge behoudt, namelijk het recht om op maandagen als eigenaar van het horloge gebruik te maken. Dit bijzondere, nieuwe type eigendomsrecht voor A vermindert uiteraard de waarde van het horloge voor B, maar aangenomen mag worden dat dit nadeel voor B in de koopprijs wordt verdisconteerd. Hetzelfde geldt voor eventuele rechtsverkrijgers van B, B zal hun nadeel op waarde schatten en dienovereenkomstig de te sluiten transactie met A aanpassen.<sup>99</sup> Voor zover het gaat om rechtsverkrijgers onder bijzondere titel, zal nadere informatie dienen worden te verstrekken over de aard van de rechten van B en van A, ook deze informatiekosten voor de rechtsverkrijgers van B maken deel uit van de transactiekosten. Al deze kosten voor B en voor zijn rechtsverkrijgers, de eerste twee groepen betrokkenen, worden dus volledig geïnternaliseerd, zoals dat in economische termen heet. Rechtseconomisch is er tot dusver geen bezwaar tegen de vestiging van dit bijzondere nieuwe type timeshare-recht op het horloge door A en B.

Het probleem zit in de derde groep, met name voor de 99 andere eigenaars van een horloge. Zodra bekend wordt dat er in het rechtsverkeer horloges circuleren zonder een gebruiksrecht op maandagen, zullen eventuele kopers van enig horloge nadere informatie willen inwinnen over de aard van het eigendomsrecht dat zij overwegen te kopen. Wellicht is het horloge dat te koop wordt aangeboden het horloge zonder maandagrechten. Tegelijkertijd zullen de verkopers genoodzaakt zijn hun aanbod reeds op voorhand vergezeld te laten gaan van de mededeling dat een volledig en onbeperkt eigendomsrecht wordt aangeboden. Deze additionele informatiekosten ten aanzien van de nieuwe soort eigendomsbeperking gaan ten laste van de prijs die de 99 andere verkopende eigenaren kunnen krijgen. Bij de vestiging van het maandagrecht door A en B is door hen echter geen rekening gehouden met deze extra informatiekosten, hun voordelen zijn niet afgewogen tegen de nadelen voor anderen. In economische ter-

---

99 Merrill en Smith, a.w., p. 44 ( ) the costs of creating novel property rights will be capitalized into the present market value of the property. If A creates undesirable restrictions or interests that will be difficult to remove, then the market value of A's property drops today by the discounted amount that future buyers would spend to remove these items or would demand to be paid to live with them. Thus, the costs to future purchasers of the right are internalized to the right's creator.



men is sprake van een externaliteit.<sup>100</sup> Deze externaliteit kan worden voorkomen door de goederenrechtelijke rechten te standaardiseren.

"Since an individual's interest in creating the nonstandard right - the extra benefit from using it rather than the next best alternative - is less than the additional measurement costs imposed on the other market participants, there is a rationale for the law to prohibit the creation of this kind of idiosyncratic right.

One way to control the external costs of measurement to third parties is through compulsory standardization of property rights. Standardization reduces the costs of measuring the attributes of such rights. Limiting the number of basic property forms allows a market participant or a potential violator to limit his or her inquiry to whether the interest does or does not have the features of the forms on the menu. Fancies not on the closed list need not be considered because they will not be enforced. When it comes to the basic legal dimensions of property, limiting the number of forms thus makes the determination of their nature less costly. The 'good' in question here might be considered to be the prevention of error in ascertaining the attributes of property rights. Standardization means less measurement is required to achieve a given amount of error prevention. Alternatively, one can say that standardization increases the productivity of any given level of measurement efforts."<sup>101</sup>

Wanneer bijvoorbeeld op basis van wetgeving voor allen duidelijk is welke typen goederenrechtelijke rechten in het rechtsverkeer kunnen voorkomen en de inhoud van die wettelijke typen in hoge mate vastligt<sup>102</sup>, ver-

100 Merrill en Smith, p. 27: "By allowing even one person to create an idiosyncratic property right, the information processing costs of all persons who have existing or potential interests in this type of property go up. This external cost on other market participants forms the basis of our explanation of the *numerus clausus*." Zie ook p. 32: "Idiosyncratic property rights create a common-pool problem. The marginal benefits of the idiosyncrasy are fully internalized to the owner of the property right, but the owner bears only a fraction of the general measurement costs thereby created." Het zogenaamde *common-pool problem*, of ook wel the problem of a common pool resource, is een rechtseconomisch fenomeen dat algemene bekendheid heeft verworven door het artikel van Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Sci. 1243 (1968).

101 Merrill en Smith, a.w., p. 33.

102 Hier speelt het belang van een helder etiket (waarover reeds § 5.2.1.2 en nog het slot van § 9.2.2.2): wordt iets eigendom genoemd, of erfpacht, dan moet zoveel mogelijk vastliggen wat die aanduiding betekent. Als in het horlogevoorbeeld het maandagrecht niet zou worden aangeduid als een nieuw type beperkt recht met een bijzondere naam maar als een eigendomsrecht, verliest het etiket eigendom zijn onderscheidend vermogen. In Nederland schrijft art. 24 Kadasterwet, lid 2 sub b, voor dat een notariële akte "de wettelijke benaming van het recht, op de levering waarvan het ter inschrijving aangeboden stuk betrekking heeft" bevat (zie nader § 8.6.5). Een half-open systeem, waarin partijen grote vrijheid hebben om de inhoud van een goederenrechtelijk recht zelf nader af te bakenen, betekent dat de *numerus clausus* er één van wordt categorieën, in plaats van typen, van goederenrechtelijke rechten. Standaardisatie betekent ofwel dat de wettelijke typen inhoudelijk grotendeels vastliggen, ofwel dat de wettelijke categorieën vaste en benoemde subtypen ontstaan

mindert de noodzaak om in alle gevallen bijzondere informatie ten aanzien van de juridische eigenschappen van een goed in te winnen.<sup>103</sup> Zo bezien reduceert de *numerus clausus* de informatiekosten in het rechtsverkeer.<sup>104</sup>

#### 5.4.3 Frustratie en optimalisering

Standaardisering brengt haar eigen kosten mee: de zogenaamde *frustration costs*. *Numerus clausus* betekent dat partijen niet vrij zijn hun eigen voorkeuren goederenrechtelijk vorm te geven zoals zij wensen; verwezenlijking van hun legitieme motieven wordt zo geheel of gedeeltelijk gefrustreerd.<sup>105</sup> Bij de rechtseconomische evaluatie van een rechtsregel moet met dergelijke kosten rekening worden gehouden.

De *frustration costs* bestaan niet alleen uit het nadeel dat partijen lijden doordat zij hun wensen niet kunnen uitvoeren, maar ook uit de extra kosten die moeten worden gemaakt om via alternatieve constructies bij benadering het gewenste resultaat te krijgen. Ook in het Nederlandse goederenrecht blijken in sommige gevallen alternatieven voor handen die de door partijen beoogde inrichting van hun rechtsposities in een goederenrechtelijke vorm kunnen verwezenlijken. In de maatschappij bestaat bij

---

waarvan de inhoud opnieuw grotendeels komt vast te liggen. Wanneer wordt afge-  
weken van een stereotype verschijningsvorm van een wettelijk type goederenrechtelijk recht, zoals een recht van overpad binnen de categorie erfdiensbaarheden, zou wat de tegenwerpelijheid aan derden betreft een restrictieve benadering moeten worden overwogen, ondanks kenbaarheid uit de openbare registers van de uitzonderlijke bepaling met betrekking tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht

- 103 Merrill en Smith, p. 34, wijzen erop dat de fysieke eigenschappen van een zaak voor derden makkelijk zijn waar te nemen. Daarom gaat het bij de standaardisatie vooral om de juridische eigenschappen van de zaak. "One would expect standardization to have most value in connection with the dimensions of property rights that are least visible, and hence the most difficult for ordinary observers to measure ( ) The legal dimensions of property are less visible and less easy to comprehend [than the tangible attributes of property, such as its size, shape, color, or texture], especially when they deviate from the most familiar forms such as the undivided fee simple. Thus, one would expect the effort to lower third-party information costs through standardization to focus on the legal dimensions of ownership "
- 104 Merrill en Smith "view the *numerus clausus* as addressed to information costs. Proliferation of types of property rights leads to third-party information costs and suboptimal standardization " (p. 54), "the institutional-choice dimension of the *numerus clausus* reinforces the basic function of the principle. to reduce information costs to other market participants " (p. 62), "the information-cost minimization features of the doctrine " (p. 69)
- 105 Merrill en Smith, a w , p. 35 "Standardization imposes its own costs. Mandatory rules sometimes prevent the parties from achieving a legitimate goal cost-effectively. Enforcing standardization can therefore frustrate the parties' intentions "

voorbeeld het verlangen van vooral gemeentes om eigenaren van nieuwe huizen in die gemeente aan allerlei welstandsbepalingen te binden. Bij gebreke van een mogelijkheid om dergelijke verplichtingen in het kader van een eigendomsrecht op te leggen, wordt soms uitgeweken naar de constructie van een eeuwigdurend recht van erfpacht met eenmalige afkoop van de canon. Met deze wat omslachtiger, voor de erfpachters minder aantrekkelijke en dus duurdere constructie wordt ongeveer het door de gemeente beoogde resultaat bereikt. Een ander voorbeeld zijn de in hoofdstuk 7 nog te bespreken opstalconstructies om vormen van horizontale eigendom en daarvan afgeleide zakelijke gebruiks- en zekerheidsrechten te creëren.

De talloze verbintenisrechtelijke alternatieven voor goederenrechtelijke constructies zijn in de rechtseconomische analyse van Merrill en Smith veel minder interessant, aangezien overeenkomsten alleen tussen partijen werken. Dit betekent dat van de tweede groep betrokkenen alleen rechtsopvolgers onder algemene titel worden gebonden, niet ook rechtsopvolgers onder bijzondere titel, tenzij deze uitdrukkelijk met de verbintenisrechtelijke verplichting jegens de oorspronkelijke gerechtigde instemmen. Van groter belang is dat de derde groep betrokkenen bij verbintenisrechtelijke constructies in beginsel volledig buiten beeld blijft, vooral degenen die eveneens deelnemen aan het rechtsverkeer in vergelijkbare goederen: bijvoorbeeld een verbintenisrechtelijk arrangement ten aanzien van een huis laat andere kopers van andere huizen koud. Zij worden niet genoodzaakt tot onderzoek in hoeverre het huis dat zij willen kopen ook met een dergelijke verbintenisrechtelijk arrangement is belast, aangezien die verbintenissen hen in beginsel toch niet kunnen worden tegengeworpen. In rechtseconomische termen leiden verbintenisrechtelijke arrangementen dus voor deze derden niet tot informatiekosten die als een externaliteit moeten worden aangemerkt.

De alternatieven die wel goederenrechtelijk zijn, maken het rechtseconomische effect van standaardisatie door middel van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten echter niet helemaal ongedaan:

"The fact that the *numerus clausus* is in this sense "avoidable" does not mean that it is trivial. Even if the standardization effected by the *numerus clausus* principle does not absolutely bar the parties from realizing their ends, this standardization comes at a price. The effect is roughly that of price discrimination: Parties willing to pay a great deal for an objective can achieve it by incurring higher planning and implementation costs. Furthermore, the design and implementation costs imposed by the *numerus clausus* function as a sort of 'pollution tax' that should deter parties from

insisting on overusing hard-to-process property forms, thereby placing higher processing burdens on market participants and especially courts."<sup>106</sup>

De extra kosten die gepaard gaan met de omzeiling van de *numerus clausus* door creatief gebruik van de beschikbare alternatieven, hebben een ontmoedigend effect. Dit komt de gewenste standaardisatie ten goede.

Indien ondanks de hogere kosten toch gebruik wordt gemaakt van een van de rechtsgeldige goederenrechtelijke alternatieven, ontstaan de gewraakte *information-* of *measurement costs* ten laste van de overige deelnemers aan het goederenrechtsverkeer. De vraag rijst dan hoe deze externaliteit kan worden gerechtvaardigd. Deze vraag is volgens Merrill en Smith uiteindelijk de kwestie van de optimalisering van de *numerus clausus*.

Maximale standaardisatie zou ertoe leiden dat er vrijwel geen goederenrechtelijke rechten meer overblijven; de *numerus clausus* zou komen te bestaan uit misschien één of twee beperkte genotsrechten en een beperkt zekerheidsrecht naast de volledige rechten, die bovendien onderling zoveel mogelijk geünificeerd zouden worden.<sup>107</sup> Het is duidelijk dat de *frustration costs* dan groot zouden zijn; het wordt aanzienlijk minder makkelijk om de wensen in een concreet geval goederenrechtelijk adequaat vorm te geven. Weliswaar werkt standaardisatie ten voordele van derden die op minder typen rechten berekend hoeven te zijn, maar deze voordelen wegen op een gegeven moment niet meer op tegen de nadelen van beperking van de goederenrechtelijke mogelijkheden. In rechtseconomische termen wordt het breekpunt bereikt wanneer de marginale voordelen van standaardisatie niet meer opwegen tegen de marginale kosten van frustratie van de intenties van de betrokkenen.<sup>108</sup> In plaats van maximale is dan de optimale standaardisatie bereikt.

De duizend gulden-vraag is uiteraard wat dan het optimale pakket aan goederenrechtelijke rechten is dat aan de justitiabelen moet worden aangeboden. Deze vraag wordt door Merrill en Smith niet beantwoord:

"By creating a strong presumption against judicial recognition of new forms of property rights, the *numerus clausus* imposes a brake on efforts by parties to proliferate new forms of property rights. On the other hand, by grandfathering in existing forms of property, and permitting legislative creation of new forms, the *numerus clausus* permits some positive level of diversification in the recognized forms of property. We do not argue that any particular number of property forms is in fact

106 Merrill en Smith, a.w., p. 35.

107 Vgl. Hansmann en Kraakman, § VIII, p. 399-400.

108 Dit impliceert dat maatschappelijke *frustration costs* tot op zekere hoogte worden geaccepteerd, zolang de *frustration costs* per saldo worden overtroffen door de uitsparing van maatschappelijke *information costs*.

optimal Nor do we argue that the forms currently recognized by the common law are ideal and beyond improvement We do submit, however, that the *numerus clausus* strikes a rough balance between the extremes of complete regimentation and complete freedom of customization, and thus leads to a system of property rights that is closer to being optimal than that which would be produced by either of the extreme positions <sup>109</sup>

Merrill en Smith geven slechts het rechtseconomische model dat aan de *numerus clausus* ten grondslag ligt en dat bij beantwoording behulpzaam is In dit model moeten inschattingen worden gemaakt, ten eerste van de informatiekosten die derden ondervinden indien een nieuw type goederenrechtelijk recht aan de *numerus clausus* wordt toegevoegd, en ten tweede van de maatschappelijke frustratie-kosten doordat justitiabelen niet of slechts op omslachtige wijze kunnen voorzien in hun goederenrechtelijke behoeften Deze inschattingen zijn voor elk rechtsstelsel verschillend, aangezien het pakket erkende goederenrechtelijke rechten in alle stelsels gedeeltelijk anders is, en voor elke maatschappij anders, aangezien de behoeften aan nieuwe goederenrechtelijke rechtsfiguren niet overal dezelfde zijn Bovendien speelt ook nog een rol in hoeverre een rechtsstelsel voorziet in stelsels van publiciteit voor goederenrechtelijke rechten

#### 5 4 4 *Publiciteit als matigende factor*

Centraal in de analyse van Merrill en Smith staan de *information of measurement costs* die ten laste van derden ontstaan wanneer de vrijheid bestaat om nieuwe typen goederenrechtelijke rechten te creëren of bestaande typen een afwijkende inhoud te geven Uiteraard bestaat er een verband tussen de moeite die het in het maatschappelijk verkeer kost om uit te vinden met wat voor type goederenrechtelijk recht men van doen heeft, en de mogelijkheden om daarvan kennis te nemen een adequaat systeem van goederenrechtelijke publiciteit leidt tot matiging van de *measurement costs* De informatietechnologie biedt grote mogelijkheden tot verbetering van de verhandelbaarheid van goederen door vermindering van de informatiekosten

when technology furnishes alternative means of promoting reliance (including lowering the need to measure risk), there is less need for the standardization provided for by the requirements of negotiability In general, to the extent that technological change allows cheaper notice of relevant interests, the need for standardization by the law will be somewhat diminished Just as the rise of land

109 Merrill en Smith, p 40

registers allowed some loosening of the *numerus clausus*, so too technology that lowers information costs can be expected to weaken the *numerus clausus* further "<sup>110</sup>

Het gebruik van informatietechnologie ter verbetering van publiciteitssystemen in het Nederlandse goederenrecht staat nog in de kinderschoenen, maar duidelijk is dat de mogelijkheden van invloed zijn op de wenselijkheid van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.<sup>111</sup>

Hiermee is niet gezegd dat 'notice cures all'. Ondanks adequate publiciteitstechnieken blijven goede gronden bestaan voor een behoorlijke mate van standaardisatie van goederenrechtelijke rechten.

"Making the running of a fancy depend solely on the original parties' intent and on notice - even recorded notice - to subsequent parties acquiring property assumes that notice is the most cost-effective method to minimize third-party information costs. But notice of idiosyncratic property rights is costly to process, and, although land registers furnish notice at far lower cost than would a doctrine of constructive notice, even they can require lengthy and error-prone searches ( ) The very existence of idiosyncratic, hard-to-process property rights makes information about property rights in general harder to process Third parties incur heavier measurement costs in processing "notice" when the universe of property rights includes idiosyncratic servitudes or other "fancies" than when these are prohibited "<sup>112</sup>

In de context van het Nederlandse goederenrecht laat dit inzicht zich zo vertalen: wanneer extra ruimte zou worden gecreëerd bijvoorbeeld om allerlei verplichtingen tot een doen tot de inhoud van een recht van erfdiensbaarheid te verheffen, moeten eventuele rechtsverkrijgenden van een onroerende zaak grondiger onderzoek doen om te weten welke verplichtingen zij door de rechtsverkrijging op zich laden. Weliswaar stelt het register hen in staat om van het bestaan en de aard van de erfdiensbaarheid kennis te nemen, maar de grotere variëteit aan typen erfdiens-

110 Merrill en Smith, a.w., p. 42, in een paragraaf getiteld 'Information Costs and the Dynamics of Property'

111 In Nederland wordt de toegankelijkheid van het kadaster verder verbeterd. In de Verenigde Staten speelt online-registratie een centrale rol in het zekerhedenrecht, zoals vorm gegeven op basis van Article 9 van de Uniform Commercial Code. Elders (Internet en de bescherming van een verkrijger van een roerende zaak krachtens art. 3:86 BW, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 211-239) heb ik de suggestie gedaan bij de toepassing van het - in wezen goederenrechtelijke - terugvorderingsrecht van de bestolen eigenaar krachtens art. 3:86 lid 3 BW rekening te houden met de omstandigheid in hoeverre de bestolene op passende wijze via internet kennis heeft gegeven van de diefstal. Met name voor gestolen auto's bestaan reeds online databanken, die voor kopers van tweede hands auto's makkelijk te raadplegen zouden zijn. Vgl. verder B.P. Honnebeier, Het volledig gecomputeriseerde mondiale registratiesysteem voor zakelijke rechten op luchtvaartuigen zal in 2004 operationeel zijn, WPNR 6590 (2004).

112 Merrill en Smith, a.w., p. 44 en 45.

baarheden dwingt derden grondiger onderzoek te doen. Naar huidig recht weten rechtsverkrijgers dat het bij een erfdienstbaarheid, afgezien van enige specifieke wettelijke uitzonderingen die ondergeschikt zijn aan de kern van de erfdienstbaarheid, hoogstens om een verplichting tot een dulden of nalaten kan gaan. Een ander voorbeeld zou de mogelijkheid tot beperking van de overdraagbaarheid van een recht van erfpacht kunnen zijn. Naar geldend recht weet de koper van een recht van erfpacht dat bij de vestiging van het recht door de erfverpachter kan zijn bedongen dat zijn toestemming is vereist voor overdracht van het erfpachtsrecht, maar ook dat erfverpachter daarbij gebonden is aan de norm van redelijkheid en billijkheid en dat de machtiging van de rechter in plaats van de toestemming kan worden gesteld. Indien ook heel andersoortige typen onoverdraagbaarheidsclausules zouden kunnen worden gemaakt, is de koper van een erfpachtsrecht veel minder zeker van zijn zaak, en moet hij grondiger onderzoek doen naar de overdraagbaarheid van het door hem te verkrijgen recht.

Hier komt bij dat in de praktijk de kosten van registeronderzoek soms niet opwegen tegen de voordelen. Bijvoorbeeld in het Engelse recht dient de vestiging van een soort pandrecht op één of meer vermogensbestanddelen van een geïncorporeerde onderneming binnen 21 dagen te worden geregistreerd, opdat de pandhouder prioriteit heeft ten opzichte van later gevestigde pandrechten. Afhankelijk van het soort pandrecht dat wordt gevestigd en afhankelijk van het soort goed waarop het pandrecht komt te rusten, zijn in sommige gevallen voor de pandhouder de voordelen van onderzoek in de registers de kosten ervan niet waard; met name wanneer het gaat om een fixed charge op een niet zeer kostbare zaak of vorderingsrecht, wordt niet in alle gevallen de moeite genomen om tweemaal registeronderzoek te doen naar eventuele oudere en sterkere fixed charges op hetzelfde goed, eenmaal bij vestiging van de charge en een tweede maal 21 dagen later.

Het Engelse zekerhedenrecht biedt nog een tweede reden om de waarde van een publiciteitsstelsel te relativieren; de inrichting van het stelsel kan in het rechtsverkeer een reden zijn om juist niet in de registers te kijken. Naar Engels recht wordt de gehele pandovereenkomst in de registers opgenomen. De consequentie is dat bij raadpleging van de registers ook kennis wordt genomen van allerlei andere clausules in de pandovereenkomst. Dit werkt soms ten nadele van degene die het onderzoek doet, bijvoorbeeld wanneer een pandrecht wordt gevestigd: indien een zogenaamde negative pledge clausule is opgenomen, neemt deze eventuele pandhouder kennis van de verplichting van de pandgever jegens een andere

pandhouder om geen nieuwe zekerheden aan anderen te verschaffen.<sup>113</sup> Indien dan ook nog eens de rechtsregel zou gelden dat dergelijke kennis de eventuele tweede pandhouder aansprakelijk maakt jegens de eerdere pandhouder, is er een soms doorslaggevende reden om het registeronderzoek vooral na te laten.<sup>114</sup> In beide gevallen neemt de pandhouder de gok dat geen oudere pandrechten bestaan; uiteraard gaat deze gok wel gepaard met een lagere waardering van het door hem verkregen onderpand, hetgeen leidt tot een vermindering van het te verstrekken krediet.

In het Nederlandse recht leidt het negatieve stelsel van de Nederlandse openbare registers ertoe dat niet alle goederenrechtelijke rechten op registergoederen en wijzigingen daarin voor derden kenbaar zijn.<sup>115</sup> De lacunes worden grotendeels gevuld door het stelsel van derdenbescherming. Wanneer de derde daarop een beroep wil doen, dient hij echter aan te tonen dat hij ten aanzien van de niet in de registers ingeschreven feiten te goeder trouw was, hetgeen krachtens art. 3:11 BW kan meebrengen dat hij onderzoek dient te hebben verricht. Het beroep op derdenbeschermingsbepalingen brengt dus vanuit rechtseconomisch perspectief additionele kosten met zich.<sup>116</sup>

- 
- 113 De kenbaarheid van niet-inschrijfbaar feiten uit de openbare registers is ook in Nederland een normaal fenomeen; weliswaar geeft art. 3:17 lid 1 BW een limitatieve lijst van inschrijfbaar feiten, maar de wel inschrijfbaar akten kunnen allerlei additionele clausules bevatten. Ook in het Nederlandse stelsel geldt dat voor inschrijving in de openbare registers in beginsel het gehele document aan het kadaster wordt aangeboden. In hoeverre kennisname van die clausules kan leiden tot een vorm van gehoudenheid om het recht vervat in die clausule te respecteren, is niet steeds duidelijk.
- 114 Zie verder o.a. Roy Goode, *Commercial law*, 2<sup>e</sup> druk 1995, p. 661 over de negative pledge clause en p. 715-720 over the effect of registration en the doctrine of constructive notice.
- 115 Wijzigingen in de eigendomsverhoudingen die niet blijken uit de openbare registers kunnen het gevolg zijn van verkrijging door verjaring, verkrijging onder algemene titel zoals in geval van overlijden en als gevolg van - meestal burenenrechtelijke - rechten die ontstaan op basis van feitelijke omstandigheden, zoals een noodweg.
- 116 Zie ten aanzien van regels van derdenbescherming Hansmann en Kraakman, § VIII, p. 402: "The rule - found in both the common law and the civil law -- that a bona fide purchaser in good faith without notice takes an asset free of the claims of others is simply a generic statement about the nature and scope of verification rules. The operative question in applying the rule is, of course: What constitutes "notice" for purposes of the type of asset and claim in question? To ask this, in turn, is to ask what is the relevant verification rule that determines when such a claim can be enforced as a property right (i.e., against third party transferees). Must there be actual notice, or is constructive notice enough - and what kind of constructive notice? Conversely, is actual notice sufficient, even if the formalities (e.g., registration) generally called for by the verification rule have not been complied with? Is the purchaser on inquiry notice (i.e., must he make active efforts to discover the



Daar waar het gaat om de kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten op registergoederen is in de context van het Nederlandse recht nog van belang dat vrijwel steeds een notaris betrokken is bij de verkrijging van een goederenrechtelijk recht op een registergoed. De mogelijkerwijs grotere complexiteit van de erfdienstbaarheden en van andere goederenrechtelijke rechten met betrekking tot registergoederen maakt wellicht de taak van de notaris iets lastiger, maar zorgt in de Nederlandse rechtspraktijk niet voor additionele informatiekosten voor de rechtsverkrijgers zelf. Wel geldt natuurlijk dat de notaris in veel gevallen pas in de goederenrechtelijke fase bij de transactie betrokken raakt, of, in het beste geval, in de verbintenissenrechtelijke fase na een akkoord tussen verkoper en koper. De prijs is dan al bepaald. De rechtseconomisch relevante fase is dus al voorbij zodra de notaris in beeld komt.<sup>117</sup> Van belang is hier vooral dat de betrokkenheid van deskundigen, zoals ook een makelaar of agent, van invloed kan zijn op de omvang van de rechtseconomisch relevante *information* en *measurement* kosten.<sup>118</sup>

Beziet men de numerus clausus in een ruimer verband en worden ook andere publiciteitsmechanismen op hun rechtseconomische merites getoetst, dan springt het recht inzake goederenrechtelijke rechten op vorderingen in het oog. Voor zover de regels inzake levering en prioriteit een vorm van kennisgeving aan de debiteur voorschrijven, zijn deze te plaatsen tegen de achtergrond dat de debiteur van de vorderingen fungeert als informatiebron ten aanzien van de identiteit van de schuldeiser en van eventuele beperkt gerechtigden op het vorderingsrecht. Het is duidelijk dat het voor een rechtsverkrijger grote kosten met zich brengt om inderdaad in alle gevallen bij alle debiteuren navraag te doen. In de praktijk van het handelsverkeer in vorderingen wordt dan ook niet of nauwelijks gebruik gemaakt van deze theoretische mogelijkheid tot verkenning van de rechten. De kosten van dit publiciteitsmechanisme wegen niet op tegen de voordelen. Vooral een cessionaris of pandhouder van grote pakketten

---

claims of third parties) if the circumstances of the transaction are sufficiently problematic – and, if so, what will suffice to make the circumstances sufficiently problematic?’

- 117 Mocht de koper alsnog worden verrast door een hem onbekende last, dan zal hij in de praktijk in beginsel zijn toevlucht kunnen nemen tot het verbintenissenrechtelijke instrumentarium van (partiele) ontbinding, al dan niet gepaard met aanpassing van de prijs, al dan niet in de vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie, doordat het te leveren recht op een goed niet conform is aan hetgeen is verkocht.
- 118 De rol van deskundigen komt in de beschouwingen van Merrill en Smith niet ter sprake. Zie wel Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, 55 *Stanford L. R.* (2003) 1105-1191, § III B, p. 1173 e.v.

vorderingsrechten verdisconteert de onzekerheid over de rechtspositie van de cedent door een lager bedrag te bieden.

De les is dat niet elke vorm van publiciteit inderdaad leidt tot een vermindering van de informatiekosten voor derden. De inrichting van de registers en van andere vormen van publiciteit en de consequenties die rechtens aan de publiciteitsmaatregelen zijn verbonden, bepalen in hoeverre standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten door middel van een numerus clausus overbodig wordt gemaakt door de publiciteitsmaatregelen.

#### 5.4.5 De kritiek van Hansmann en Kraakman

Het artikel van Merrill en Smith is tijdens een congres in 2001 door twee van hun Amerikaanse collega's, Henry Hansmann en Reinier Kraakman, van een fundamenteel weerwoord voorzien in een bijdrage getiteld: *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*.<sup>119</sup> Hansmann en Kraakman onderschrijven de rechts-economische analyse van Merrill en Smith dat in het goederenrecht 'externaliteiten' schuil gaan, die door middel van een numerus clausus kunnen worden geïnternaliseerd of althans verminderd. Zij maken echter een volledig andere rechtseconomische analyse van het goederenrecht en stellen hierbij uitdrukkelijk dat Merrill en Smith het bij het verkeerde eind hebben. Zoals ook uit de titel van hun bijdragen blijkt, menen Merrill en Smith dat het bij de numerus clausus gaat om de 'optimal standardization', terwijl Hansmann en Kraakman van mening zijn dat het in het goederenrecht, maar ook in het contractenrecht, gaat om hetgeen door hen 'verification' wordt genoemd.

Om te beginnen noemen Hansmann en Kraakman drie redenen waarom de redenering van Merrill en Smith niet zou deugen. Ten eerste biedt de 'optimal standardization view' geen afdoende verklaring voor het feit dat het goederenrecht restrictiever is dan het contractenrecht. Hansmann en Kraakman constateren dat ook in het contractenrecht een aantal vaste typen bestaan in de vorm van benoemde overeenkomsten, maar dat daarnaast vrijwel volledige vrijheid bestaat om daarvan af te wijken en een geheel op maat gemaakte overeenkomst aan te gaan.<sup>120</sup> Bezien in het licht van optimale standaardisatie is dit verschil volgens Hansmann en Kraakman onverklaarbaar.

119 Journal of Legal Studies 31 (2002) 2, p. 373-420.

120 Zie overigens nog Thomas W. Merrill en Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, (2001) 101 Colum. L. Rev. 773.

Ten tweede stellen Hansmann en Kraakman dat hen niet duidelijk is waarom de erkenning van extra typen goederenrechtelijke rechten ertoe leidt dat er eerder misverstand kan ontstaan over de inhoud van de bestaande rechten:

"It is not in fact plausible that an increase in the available menu of property rights generates a meaningful degree of confusion that in turn provides a rationale for limiting the size of menu. The number of forms that the law defines or is prepared to enforce has little bearing on ease of communication. So long as there are clear definitions and labels for the forms most needed, the ability of parties to transact in those forms will not be compromised by the availability of additional forms. Nobody need ever use those additional forms, after all, or even utter their names."<sup>121</sup>

Zolang als duidelijk blijft wat de betekenis is van de aanduiding 'erfpacht' hoeft het geen probleem te zijn om ook de grondrente als goederenrechtelijk recht te erkennen.

Ten derde wijzen Hansmann en Kraakman erop in feite geen sprake is van nauw gedefinieerde typen van goederenrechtelijke rechten, maar veeleer van categorieën, waarbinnen allerlei afwijkingen zijn toegestaan. Dit geldt zeker ook voor het Nederlandse recht, waarin voor de vormgeving van de inhoud van de beperkte genotsrechten zoveel ruimte is gegeven aan de partijautonomie, dat wordt gesproken van een 'half-open systeem'; de *numerus clausus* in het goederenrecht is er één van goederenrechtelijke categorieën in plaats van rechten. Dit gegeven betekent dat ook een *numerus clausus* van dergelijke soort geen zekerheid biedt aan rechtsverkrijgers en hen dus opzadelt met 'measurement costs' die voortvloeien uit de noodzaak om te verifiëren welk recht zij verkrijgen.

Na aldus de optimale standaardisatie benadering van Merrill en Smith te hebben afgekaart, presenteren Hansmann en Kraakman hun eigen rechtseconomische analyse van de erkenning van absolute rechten. Daarin staat het concept van de 'verification rules' centraal: "the varieties of verification rules by which the law establishes the forms of notice required to establish property rights". Verification heeft ten dele ook met informatie te maken:

"If two persons are both to have rights in a single asset, they need some means of assuring that they share a common understanding of those rights. Absent such understanding, the parties may mistakenly make inconsistent uses of the asset, or underuse the asset. This is the problem of *coordination*. Moreover, even if the parties solve the coordination problem, each needs assurance that the other will not opportunistically assert rights that properly belong to the other. This is the problem of *enforcement*. The less effectively the parties solve the coordination and enforce-

---

121 Hansmann en Kraakman, § IV, p. 380-381

ment problems, the greater the scope for mistakes or opportunism, and hence the less valuable will be the rights involved, for reasons that are apparent the parties may take costly private actions to protect their rights, investments in improving and using assets may be discouraged, privately borne risk may increase, and transactions that would otherwise take place may not occur

Solution of both the coordination and the enforcement problems depends, in turn, on establishing adequate means of *verification*. To solve the coordination problem, each party needs a means of verifying the other party's understanding of the parties' respective rights. To solve the enforcement problem, a third party enforcer, such as a judge, needs a method of verifying the parties' understanding of their respective rights <sup>122</sup>

Het rechtseconomische concept 'verification' kan het beste worden verstaan als legitimatie: de verification rules zijn de rechtsregels die een bepaalde persoon legitimeren als gerechtigde tot een goed. Als primitief oertype van een verification rule noemen Hansmann en Kraakman dan ook het bezit. Bezit legitimeert de bezitter als rechthebbende.<sup>123</sup> De noodzaak tot verification bestaat niet alleen ten opzichte van de buitenwereld, waar toe in het bijzonder de rechter behoort, maar ook ten opzichte van degene die eveneens een recht ten aanzien van een zaak heeft, zoals een moeder-gerechtigde.

Hansmann en Kraakman stellen uitdrukkelijk dat verification rules niet alleen in het goederenrecht van belang zijn. Ook in het contractenrecht is noodzakelijk dat er een rechtsregime bestaat dat bewerkstelligt dat partijen weten wat ze van elkaar mogen verwachten. Ze merken hierbij op dat dit rechtsregime in het contractenrecht eenvoudiger kan zijn, aangezien de betrokkenen elkaars contractspartij zijn, terwijl degenen die pretenderen ieder een goederenrechtelijke recht ten aanzien van een zaak te hebben, niet steeds in een contractuele verhouding tot elkaar staan. Hier komt bij dat de verification rules in het goederenrecht moeten zijn afgestemd op de aard van het goed en de aard van het recht daarop. De verification rules in het goederenrecht verschillen derhalve slechts kwantitatief, niet kwalitatief, van de regels in het verbintenissenrecht.

Hansmann en Kraakman formuleren vervolgens vier denkbare typen regimes om een recht ten aanzien van een zaak enige vorm te geven, met steeds een positieve en een negatieve variant voor wat betreft het basis-scenario. De voorbeelden die zij gebruiken zijn het droit moral en het naburighedsrecht uit het auteursrecht, volgens hen bij uitstek interessante voorbeelden van een recht dat heel goed als een goederenrechtelijk recht vorm gegeven zou kunnen worden. Om de regimes kort te beschrijven,

122 Hansmann en Kraakman, § V, p. 382-383

123 Art. 3:109 j° 119 BW

kan wellicht beter gebruik worden gemaakt van het voorbeeld van de leverancier van een zaak.

Het eerste, meest zwart-witte regime is om aan de leverancier zonder meer een goederenrechtelijk recht op de geleverde zaak toe te kennen, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om daarvan afstand te doen. De negatieve variant hiervan is hem geen goederenrechtelijk recht toe te kennen, zonder dat hij in staat is zichzelf contractueel dat recht als nog te verschaffen.

Een tweede type regime dat gekozen zou kunnen worden voor de vormgeving van het recht van de leverancier is hem wel, of niet, een goederenrechtelijk recht toe te kennen, maar wel met de mogelijkheid om daarvan contractueel af te wijken. Indien het verbintenissenrecht ook de effectiviteit van een kettingbeding sanctioneert, is het voor de leverancier ook in de negatieve variant mogelijk om te bewerkstelligen dat hij een aanspraak op de geleverde zaak kan maken, maar daarvoor moet hij dan wel een gecompliceerde contractuele constructie optuigen.

Een derde type regime is denkbaar in de vorm van rechten op basis van een markering van de zaak. De leverancier heeft in dit regime een recht, of juist niet, als hij een markering op zijn zaak heeft aangebracht. In de negatieve variant heeft de leverancier in dit regime geen recht, tenzij hij een markering aanbrengt; in de positieve variant heeft hij steeds een recht, tenzij hij daarvan afstand doet door middel van een markering.

Het vierde type rechtsregime dat kan worden gekozen voor de vormgeving van rechten ten aanzien van een zaak is een registerstelsel. Naarmate het registerstelsel meer ruimte biedt voor door partijen gecreëerde varianten van rechten, biedt dit regime meer flexibiliteit in het rechtsverkeer. Het verschil met de voorgaande stelsels is overigens gradueel en ook is het contrast tussen de positieve en de negatieve basisvariant bij dit vierde type het kleinst.

Rechtseconomisch is van belang welke kosten voor wiens rekening komen in ieder type rechtsregime. Hierbij onderscheiden Hansmann en Kraakman evenals Merrill en Smith de kosten voor de 'gebruikers' van het recht ten aanzien van een zaak, de kosten voor anderen die een zaak willen verwerven zonder dat daarop het betreffende recht rust ('nonuser costs'), en de algemene 'systeemkosten', zoals de kosten van het opzetten van een register.<sup>124</sup> De negatieve varianten van de verschillende regimes, voor zover ze de leverancier de mogelijkheid bieden om zich toch contractueel een recht te verschaffen - dus met uitzondering van het eerste regime -, betekenen relatief hoge kosten voor de leverancier. De positieve

varianten van de regimes - met uitzondering van het eerste - betekenen hoge information costs voor de anderen, die zelf op onderzoek uit moeten om te verifiëren of de zaak al belast is met een recht. Een registerstelsel betekent weer dat de maatschappelijke systeemkosten toenemen. Hoe lager de kosten voor de 'gebruikers' zijn, des te meer de verification rules als 'accommodating' zijn aan te merken; het regime faciliteert dan de vestiging van het recht ten aanzien van een zaak.

De totale kosten kunnen vervolgens worden afgezet tegen de totale maatschappelijke waarde die het nieuwe type recht in een bepaalde vorm ten aanzien van een zaak genereert voor de gebruikers. Naarmate op grotere schaal van het nieuwe recht gebruik wordt gemaakt en ook naarmate een nieuw type recht voor de gebruikers van grote waarde zou zijn, stijgt de totale maatschappelijke waarde door de erkenning van dat nieuwe type recht. Dan is er dus reden om daarvoor de vorm te kiezen die een 'accommodating verification regime' oplevert.<sup>125</sup> Zo reikt de rechtseconomie een instrument aan om te bepalen wat het meest efficiënte juridische regime is voor een bepaald type recht ten aanzien van een zaak.<sup>126</sup>

Het model van een numerus clausus is hiermee niet helemaal uit beeld verdwenen: in het ene regime speelt het dwingende karakter van het gekozen systeem van het goederenrecht een grotere rol dan in het andere. De numerus clausus is zo gezien een instrument voor de vormgeving van het regime voor een bepaald type recht ten aanzien van een goed, dat op rechtseconomische gronden het meest doelmatig blijkt te zijn. De numerus clausus is dan de weerslag van rechtseconomische keuzen:

---

125 Hansmann en Kraakman, § VII.C, p. 398 "We see, then, why the law might, as it does, take a restrictive approach to the enforcement of property rights. Accommodating verification rules come at a price. Permitting two or more strangers to establish and maintain, with ease, complicated and highly individualized relationships concerning use of a common asset is costly. If the rights in question are likely to be widely used, then it makes sense to set up a regime that has low marginal user costs of establishing the rights, while imposing relatively large, more or less fixed nonuser and system costs on the rest of society. If, conversely, the rights are not generally of substantial value, it makes more sense to adopt an unaccommodating verification rule that makes the users themselves bear most of the costs of verification."

126 Hansmann en Kraakman, § IX ("the major classes of divided property rights"), p. 402. "adoption of a legal regime that facilitates the recognition of a new class of property rights will generally involve a shift in wealth toward the users of those rights and away from nonusers of the rights and from society at large (or from whoever bears the system costs for the new rights) Legal reforms that promote new property rights, or abolish old ones, are therefore likely to be influenced strongly by the relative influence of different interest groups "

Both common law and civil law jurisdictions explicitly recognize only a few categories of divided property rights. At the same time, jurisdictions of both types allow great freedom in constructing divided contractual rights in assets. At bottom, this difference between property rights and contract rights reflects the relative ease of aligning the interests of multiple claimholders who deal with each other directly as compared to the substantial costs, both private and social, of aligning the expectations of rightsholders who are strangers, and of providing evidence of those expectations to a court.

This difference between contract and property is quantitative rather than qualitative. Just using the ordinary tools of contract, it is possible with sufficient effort to fashion nonpossessory rights in an asset that will bind third-party purchasers. The rules of law that offer explicit recognition of particular types of property rights simply reduce the costs of establishing those rights. Consequently, it is not quite right to say that the law *limits* the kinds of property rights that can be created. Rather, it is more accurate to say that there are only limited kinds of property rights whose creation the law affirmatively facilitates.

The reason for the law's conservatism in this regard is that reducing the costs of establishing property rights commonly increases costs for nonusers of the rights. An efficient legal regime will therefore offer special accommodation to divided property rights only where the benefits to users of the rights exceed those costs. For a variety of reasons, existing legal systems meet only a rough standard of efficiency in this respect. Nevertheless, the property law regimes we observe clearly reflect, in general terms, the fact that the value of property rights is often too small to justify the costs engendered by the legal rules needed to support them.<sup>127</sup>

Met deze rechtseconomische analyse hebben Hansmann en Kraakman een heel ander licht op het goederenrecht geworpen dan Merrill en Smith.

#### 5.4.6 Conclusie rechtseconomie

Het is moeilijk precies aan te geven waarin de verschillen tussen de twee benaderingen zitten en daarmee ook hoe groot de verschillen werkelijk zijn. Duidelijk is dat in elke rechtseconomische analyse van het goederenrecht veel aandacht bestaat voor de informatiekosten die voor derden voortvloeien uit de erkenning van een door twee partijen gecreeerd recht ten aanzien van een zaak als een goederenrechtelijk recht. Deze derden, die door Hansmann en Kraakman 'non-users' zijn genoemd, bestaan uit anderen die een dergelijke zaak willen verwerven. Daarnaast zijn er de algemene maatschappelijke kosten van het opzetten van een regime voor de vestiging van dat gecreeerde recht als een goederenrechtelijk recht. Aangezien een dergelijk regime steeds op meer of minder geslaagde wijze beoogt te voorzien in kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten voor derden, kennen ook de maatschappelijke kosten, of 'system costs', een

127 Hansmann en Kraakman, § XV (conclusie), p. 419-420.

informatie-aspect. In ieder geval vormen al deze kosten een rechtseconomisch discutabele externaliteit.

De *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten blijkt in beide benaderingen een rol te spelen bij het beteugelen van deze rechtseconomische externaliteit. In de benadering van Merrill en Smith bestaat de *numerus clausus* uit de optimale mix van gestandaardiseerde goederenrechtelijke rechten. In de benadering van Hansmann en Kraakman bestaat de *numerus clausus* idealiter louter uit goederenrechtelijke rechten die rechtseconomisch, gezien de maatschappelijke voordelen ten opzichte van de totale kosten, gewenst zijn. De erkenning als goederenrechtelijk recht betekent dat voor een bepaald recht ten aanzien van een zaak een rechtsregime is opgezet dat 'gebruikersvriendelijk' is, omdat het goederenrecht derdenwerking van het recht ten gunste van de 'gebruiker' daarvan impliceert. Voor Merrill en Smith lijkt dit overigens niet anders te zijn.

Waar wel het verschil in zit, is de these van Merrill en Smith dat optimale standaardisatie mogelijk is in die zin, dat een rechtseconomisch optimaal pakket van typen goederenrechtelijke rechten bestaat voor een bepaalde maatschappij in een bepaald tijdsgewricht, bijvoorbeeld een beperkt aantal genotsrechten op registergoederen en op roerende zaken, voor andere typen goederen ook een eigen type genotsrecht, verder enige vormen voor de verplichting ten aanzien van registergoederen om een handelen van een derde te dulden, en ten slotte voor ieder type goed een type zekerheidsrecht. Hansmann en Kraakman stellen dat deze optimale mix-gedachte onzin is: voor de vraag of er reden is een bepaald nieuwe type recht op een roerende zaak te erkennen als goederenrechtelijk maakt het rechtseconomisch niets uit of er twee of vier andere typen genotsrechten ten aanzien van onroerende zaken bestaan, en zelfs maakt het voor het hypotheekrecht niets uit of al dan niet een extra type genotsrecht op een registergoed wordt erkend.<sup>128</sup> Waar in het in rechtseconomische analyse van Hansmann en Kraakman om gaat, is dat voor elke type recht ten aanzien van een zaak wordt bepaald of de erkenning als goederenrechtelijk recht door te voorzien in toepasselijkheid van een goederenrechtelijk regime, rechtseconomisch verantwoord is.

In wezen ligt in de benadering van Hansmann en Kraakman op dit punt evenzeer de *numerus clausus* besloten: al dan niet erkenning van een recht ten aanzien van een zaak als een goederenrechtelijk recht is de *crux* van de *numerus clausus*. Merrill en Smith hebben hieraan vervolgens de vraag gekoppeld of er een rechtseconomische rechtvaardiging is te vinden voor de *omvang* van een *numerus clausus*. Voor zover hun theorie op

---

128 Hansmann en Kraakman, § VIII, p. 401.



dit punt onhoudbaar zou zijn, blijft in ieder geval overeind de gedachte dat het mogelijk is om een rechtseconomische rechtvaardiging te vinden voor de keuze om een bepaald nieuw type recht ten aanzien van een zaak al dan niet te erkennen als een goederenrechtelijk recht. Ook in de benadering van Hansmann en Kraakman is derhalve een rechtseconomische rechtvaardiging te vinden voor het beginsel dat in het rechtsverkeer geen onbeperkte vrijheid bestaat om nieuwe typen goederenrechtelijke rechten te creëren.<sup>129</sup> Hieraan doet niet af dat Hansmann en Kraakman skeptisch zijn over de mate waarin de *numerus clausus* in de civil law-stelsels werkelijk op basis van rechtseconomisch verantwoorde keuzen is opgetrokken.<sup>130</sup>

Voor het Nederlandse goederenrecht biedt de rechtseconomische analyse twee belangrijke inzichten, die vooral de wetgever en de wetenschap van pas komen. Ten eerste verschaft de rechtseconomie een nieuwe onderbouwing van het argument dat de kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten en van overgang daarvan zoveel mogelijk dient te worden geoptimaliseerd. De eis van kenbaarheid is tot nu toe vooral in rechtstheoretische en rechtsfilosofische termen gerechtvaardigd: de tegenwerpelijkheid van goederenrechtelijke rechten aan derden creëert rechtsonzekerheid wanneer die rechten niet goed kenbaar zijn voor de derden. Deze rechtsonzekerheid is onverenigbaar met de rechtsstatelijke kwaliteit die rechtsregels

129 Verder zit de meerwaarde van de analyses van Hansmann en Kraakman erin dat zij hebben getoond dat er verschillende grijsstinten in het rechtsstelsel besloten liggen voor wat betreft de regimes voor derdenwerking van een recht ten aanzien van een zaak. Dit betekent dat de al dan niet derdenwerking van een recht niet zo zwart-wit is als het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten - niet voor niets is in § 2.5.1 geconstateerd dat niet onderscheid niet zwart-wit is -, maar allerlei nuances kent. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan enerzijds de inbreuken op de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten, zoals ten gevolge van derdenbeschermingsregels (genoemd door Hansmann en Kraakman, § VIII, p. 402, hierboven geciteerd) en anderzijds verabsolutering van contractuele rechten, zoals door erkenning en sanctionering van kettingbedingen. Ook moet worden gedacht aan technieken die al dan niet aan partijen de mogelijkheid geven om af te wijken van een 'uitgangssituatie', bijvoorbeeld door de derdenwerking van bijvoorbeeld het recht van een leverancier ten aanzien van een geleverde zaak in beginsel te erkennen als goederenrechtelijk recht maar daarbij al dan niet de ruimte bieden om contractueel dit recht prijs te geven, dusdanig dat ook derden zich daarop kunnen beroepen. In een radicaal regime zou bijvoorbeeld helemaal geen rechtskracht worden toegekend aan een kettingbeding. Zie nader de vier maal twee typen verification rules (§ VI, hierboven kort uiteen gezet).

130 § IX, p. 402-403, en § XIII, p. 416-417: "the civil law's *numerus clausus* doctrine today seems highly formalistic, and strict adherence to that doctrine seems counterproductive. It is not surprising, therefore, that there is reason for skepticism as to just how closely civil law jurisdictions adhere to a strict *numerus clausus* in practice."

behoren te hebben. Thans blijkt dat publiciteit niet alleen wordt ingegeven door dit rechtspolitieke, of ethische, argument, maar ook door de economische en praktische overweging dat de kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten de kosten in het rechtsverkeer vermindert.

Het tweede inzicht is dat de keuze om een aanspraak met betrekking tot een goed de vorm te geven van een in de wet geregeld goederenrechtelijk recht, van invloed is op de mate en de vorm waarin van dat recht gebruik zal worden gemaakt in het maatschappelijk verkeer. De erkenning van een nieuw goederenrechtelijk recht door middel van een regeling in een bepaalde vorm, is voor de wetgever een instrument om het economisch verkeer op een bepaalde manier met betrekking tot een bepaald goed te stimuleren. De erkenning van een nieuw type goederenrechtelijk recht vormt een economische prikkel, waarvan de intensiteit mede afhangt van de wijze waarop het nieuwe goederenrechtelijke recht is geregeld. Met name de formaliteiten voor tegenwerpelijke van het nieuwe recht aan derden, in het bijzonder met betrekking tot de kenbaarheid van dat recht, zijn bepalend. Rechtseconomische analyses kunnen dus behulpzaam zijn bij de inrichting van het goederenrecht in het licht van de gewenste ontwikkelingen in het maatschappelijk verkeer.

## 5.5 De organisatorische functie van de *numerus clausus*

In het Nederlandse recht heeft de *numerus clausus* een functie die in dit hoofdstuk als aspect van de ratio van de *numerus clausus* tot nu toe onderbelicht is gebleven, maar die al wel zijdelings ter sprake is gekomen in de analyse van de parlementaire geschiedenis in § 2.2.<sup>131</sup> In het systeem van de wet vervult de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten een organisatorische functie: de limitatieve opsomming van de zakelijke rechten schept de voorwaarden voor toepasselijkheid van de regels van het goederenrecht. Deze regels zijn van toepassing steeds als sprake is van een subjectief recht dat voldoet aan de kenmerken van één van de tot de *numerus clausus* behorende goederenrechtelijke rechten. De *numerus clausus* fungeert als privilegerend entreebewijs voor de wereld van het goederenrecht; privilegerend, omdat dat subjectieve recht aan het goederenrecht werking jegens derden ontleent. Tegelijkertijd met die lusten voor de rechthebbende en de rechtsverkrijger komen echter ook de lasten;

---

131 De vijfde door Foex genoemde functie, *fonction d'appoint d'autres principes de nos droits réels*, lijkt dicht in de buurt van de hier te bespreken organisatorische functie te komen, maar Foex blijkt daarmee vooral het dwingende karakter van sommige regels van goederenrecht tot uitdrukking te hebben willen brengen, zoals het voor verpanding van roerende zaken vereiste van machtsverschaffing

voor de overgang van een tot de numerus clausus behorend recht dienen de bijzondere wettelijke waarborgen in de vorm van leveringshandelingen en -formaliteiten in acht te worden genomen.<sup>132</sup>

Dit organisatorische aspect van numerus clausus komt voort uit de scherpe scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht en houdt verband met wetgevingseconomie, didactiek en rechtszekerheid.<sup>133</sup> Zou de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten niet bestaan, dan ontstaat de noodzaak om duidelijke criteria te hebben ter vaststelling of een bepaald subjectief recht kan worden gekwalificeerd als zakelijk recht.<sup>134</sup> De numerus clausus maakt het mogelijk om genoeg te nemen met een gebrekkige definitie van het begrip zakelijk recht met behulp van een normaaltype.<sup>135</sup> Meijers heeft erop gewezen dat zonder de numerus clausus allerlei problemen ontstaan omtrent nieuwe buitenwettelijke zakelijke

132 Zie ook de in § 3.4.2.7 en 8 besproken beschouwingen van Feith, Themis 1897, p. 646, resp. Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, RM Themis 1907, VPO 2, p. 8-26.

133 E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, diss. Leiden, 1992, p. 335: "Omwille van wetgevingseconomie, didactiek en rechtszekerheid is een systeem opgebouwd waarbinnen zich twee subsystemen in subsidiaire verhouding bevinden. Ten eerste is daar het zakenrecht. Hieraan zijn regels en eigenschappen verbonden die gelden op voorwaarde dat, maar ook steeds wanneer een recht onder het gesloten systeem wordt gebracht. Het andere systeem, het verbintenissenrecht, is een restgebied. Hier gelden in beginsel andere, eigen regels, *tenzij* anders wordt bepaald."

134 Bijvoorbeeld art. 3.17 BW, dat bepaalt welke feiten betreffende registergoederen kunnen worden ingeschreven in de openbare registers, veronderstelt dat duidelijk is welke rechten worden aangemerkt als goederenrechtelijke rechten en welke niet. In lid 2 is bepaald dat 'feiten die alleen persoonlijke rechten geven' niet inschrijfbaar zijn. De vermelding als inschrijfbaar feit in lid 1, sub a, van 'rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen of in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang zijn' is te algemeen om als omschrijving van het begrip zakelijk recht te fungeren.

135 Zie in het licht van het Zuid-Afrikaanse recht C.G. van der Merwe, *Sakereg*, 2<sup>e</sup> druk 1989, p. 70. Zie ten aanzien van het begrip zakelijk recht in het oude BW nog Meijers, a.w., VPO 2, p. 26: "Wij willen slechts met deze conclusie volstaan, dat van één begrip *zakelijk* (of *persoonlijk*) recht (of rechtsovereenkomst) in onze wetboeken geen sprake is, dat men ieder artikel, waarin een dezer uitdrukkingen voorkomt, zelfstandig in verband met zijn eigen geschiedenis uitleggen moet." Vgl. J.M.M. Maeijer, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, preadvies BCN, 1966, p. 47-8: "De rangschikking van de erfdienstbaarheid als zakelijk recht in een gesloten stelsel, brengt aldus beperkende gevolgen met zich met betrekking tot de inhoud van dat recht die niet door de tot overeenstemming geraakte wederzijdse partijwil vrijelijk kan worden bepaald. Het begrip 'zakelijk recht' zoals wij dat kennen en gebruiken, wordt wezenlijk beïnvloed door het bewust of onbewust plaatsen van dit begrip tegen de achtergrond van het gesloten stelsel. Zouden wij opteren vóór een open systeem, dan zou ook het wezen van het zakelijk recht naar mijn overtuiging veranderen."

rechten, zoals de inschrijvingsmogelijkheden en -vereisten, de wijzen van tenietgaan, de vatbaarheid voor beslag en de kwalificatie roerend of onroerend <sup>136</sup> Vanwege het gesloten karakter van het goederenrechtelijk systeem heeft de Nederlandse wetgever algemene bepalingen voor het goederenrecht overbodig geacht <sup>137</sup>

In dit licht is ook het uitgangspunt in art 3 83 lid 3 BW van onoverdraagbaarheid van 'andere rechten' dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten te bezien In § 2 5 1 is geconstateerd dat het gaat om de in de wet geregelde intellectuele eigendomsrechten, aandelen in vennootschappen en andere lidmaatschapsrechten, maar mogelijk ook een zeer vage categorie van veelsoortige 'nieuwe' rechten en bevoegdheden, zoals vergunningen en niet in bijzondere wetten geregelde intellectuele eigendomsrechten De gehele regeling in art 3 83 BW inzake overdraagbaarheid staat niet op zich, maar is ingebed in een wettelijk systeem dat de overdracht van goederen beheerst Afdeling 3 4 2 BW verschaft een algemene regeling van alle aspecten van de overdracht van die goederen Krachtens de schakelbepaling in art 3 98 BW geeft de afdeling eveneens het kader voor de vestiging van een beperkt recht Een groot deel van deze regeling beslaat de formaliteiten en de handelingen die moeten worden verricht voor de levering van de verschillende typen goederen Met het vereiste van levering worden in het Nederlandse recht onder meer de kenbaarheid van de rechtsovergang en de legitimatie van de rechtsverkrijger bewerkstelligd Van belang is dat de wettelijke voorschriften voor de levering van de verschillende typen goederen zijn afgestemd op de aard van het type goed De differentiatie bestaat ook voor de wettelijke regeling van de bescherming van degene die verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde, ook deze regeling valt uiteen in verschillende regels die zijn afgestemd op de aard van de verschillende typen goederen

Het is niet toevallig dat de verschillende regels inzake levering en derdenbescherming precies de typen goederen betreffen waarvan in art 3 83 lid 1 BW of in een andere bijzondere wettelijke bepaling is vastgelegd dat ze overdraagbaar zijn er bestaat een wetssystematisch verband tussen de uitgangspunten in art 3 83 BW en de overige delen van de regeling van overdracht in afdeling 3 4 2 BW Een wettelijk uitgangspunt inzake de overdraagbaarheid van een bepaald type goed moet steeds gepaard gaan

136 Meijers, a w , VPO 2, p 24

137 Zie PG 5, p 2-3, 12 en 14, vermeld in § 2 2 1 Tegelijkertijd is de wetgever wel overgegaan tot veralgemening van een aantal sleutelbepalingen inzake goederenrechtelijke rechten, met name in titel 3 4 BW, zoals in het vervolg nog zal blijken Uiteindelijk gelden daarbij wel steeds bijzondere nadere regels voor ieder type vermogensrecht

met een wettelijke regeling van de voor dat type goed meest geeigende leveringsformaliteit en eventueel ook met een speciale bepaling inzake de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

Afdeling 3.4.2 kent een vangnetbepaling in art. 3:95 BW, dat levering door middel van een akte mogelijk maakt.<sup>138</sup> Vaststaat dat de bepaling is geschreven met het oog op de overdracht van de eigendom van gestolen roerende zaken en met in het achterhoofd de onmogelijkheid om de revindicatie zelfstandig over te dragen; bezitsverschaffing zoals voorgeschreven voor de levering van een roerende zaak in art. 3:90 BW is dan immers niet mogelijk. De akte legitimeert meestal een verzekeringsmaatschappij als verkrijger van het eigendomsrecht. In zoverre voldoet deze leveringsformaliteit in een dergelijk geval aan de doelen die met het vereiste van levering worden gediend. Door haar algemene bewoordingen lijkt de reikwijdte van de bepaling in art. 3:95 BW onbeperkt, zodat de bepaling de levering van allerlei onvoorziene typen goederen mogelijk maakt. Het is echter maar de vraag of dit de bedoeling is geweest.<sup>139</sup> Art. 3:95 BW ver-

138 Vgl. art. 474bb en art. 711 lid 3 Rv, dat het mogelijk maakt om executoriaal respectievelijk conservatoir beslag te leggen op goederen waarvoor geen andere specifieke vorm voor het leggen van beslag is geregeld.

139 De wetgever heeft alleen aan de levering van roerende zaken waarvan de vervreemder niet het bezit heeft, uitdrukkelijk aandacht besteed. In het ontwerp van Meijers maakte de bepaling deel uit van wat nu art. 3:94 BW is. Later is de regel voor de levering van rechten op naam afgesplitst van de regel voor de levering van vorderingsrechten in art. 3:94 BW. Nergens is uitgewerkt in welke andere gevallen art. 3:95 BW voor toepassing in aanmerking komt. Overigens is ook de formering van art. 3:95 BW ('Buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen ( )') ondoorzichtig, aangezien hieruit niet het subsidiaire karakter van de leveringsformaliteit van een akte naar voren komt. Goed verdedigbaar is de textuele uitleg waarin de bepaling alleen ziet op de typen goederen die in de voorgaande artikelen worden genoemd, maar waarvoor niet aan de in de desbetreffende bepalingen voorgeschreven leveringsformaliteit kan worden voldaan. Ook dan is de tekst echter onscherp, zoals blijkt uit het geval van de gestolen auto: uit art. 3:90 lid 1 BW blijkt niet dat het toepassingsbereik van deze bepaling is beperkt tot roerende zaken waarvan de vervreemder bezitter is, terwijl het in art. 3:90 geregelde 'geval' in het licht van art. 3:95 wel hiertoe is beperkt. Men kan zich niet op vergelijkbare manier voorstellen dat iemand eigenaar is geworden van een onroerende zaak zonder in de registers als zodanig te zijn vermeld, bijvoorbeeld na verkrijging onder algemene titel, en deze persoon zou kunnen leveren door middel van een akte als bedoeld in art. 3:95 BW. Zou echter de term 'geval' in art. 3:95 BW wel worden gekoppeld aan de typen goederen die in de voorgaande artikelen zijn genoemd, dan zou de bepaling juist voor andere typen goederen een leveringsformaliteit bieden. Dan zou echter het geval van de gestolen auto niet meer binnen de reikwijdte van art. 3:95 BW vallen, terwijl dat duidelijk de - wellicht enige - bedoeling van de wetgever is geweest. Al met al is de tekst van art. 3:95 BW zo onhelder, dat daaraan geen enkel argument kan worden ontleend voor de al dan niet toepasselijkheid van deze vangnetbepaling op levering van 'andere rechten' als bedoeld in art. 3:83 lid 3 BW.

wordt dan van restcategorie tot vuilnisbakartikel. Principiële is het teleologische bezwaar dat gebruik wordt gemaakt van een leveringsvoorschrift dat niet is geschreven voor de nieuwe typen van gevallen en dat daardoor onvoldoende is afgestemd op de bijzondere eigenschappen van de nieuwe typen vermogensrechten. Het risico bestaat dan dat de voor dat nieuwe type recht bij uitstek wenselijke vorm van publiciteit voor de levering achterwege blijft.

Als men wil, kan men dus de verklaring voor de rechtshistorisch en rechtsvergelijkend wat mysterieuze regel in art. 3:83 lid 3 BW vinden in de organisatorische functie van de *numerus clausus*.<sup>140</sup> Achter deze wets-systematische verklaring gaat een meer principiële overweging schuil: de rechtszekerheid verlangt dat er een eenduidige regeling bestaat voor de levering van een bepaald type goed.<sup>141</sup> De vereisten en formaliteiten dienen voldoende te zijn uitgekristalliseerd om voor eenieder duidelijk te maken ten eerste wat er moet gebeuren om een goed over te dragen en ten tweede wanneer in beginsel mag worden aangenomen dat vermogensovergang van een goed onder bijzondere titel heeft plaatsgevonden. Niet alleen de vervreemder en de verkrijger hebben belang bij duidelijkheid hierover, maar ook hun schuldeisers. Dit belang van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer ten aanzien van wijzigingen in de goederenrechtelijke rechten van een rechtssubject staat uiteraard in verband met de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem: de rechtszekerheid verlangt niet alleen dat een alomvattende regeling inzake de overdracht van een bepaald type goed bestaat, maar ook dat die regeling vastligt en voor iedereen kenbaar is.<sup>142</sup> Dit betekent niets minder dan dat een adequate

140 Stellig over art. 3:83 lid 3 zijn vooral Th. C. J. A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten - Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd*, 2003, § 1.3 "We hebben dus niet te maken met een doelbewust genomen beslissing die achteraf verkeerd blijkt uit te pakken, maar met een wetgevingstechnisch 'bedrijfsongeval'", en W. Snijders, *Ongeregeldheden in het vermogensrecht*, WPNR 6607 (2005), nr. 3, p. 82 "De ongelukkige bepaling van art. 3:83 lid 3, waarvan de rechtsgeschiedenis geen ratio vermeldt, moet zo worden uitgelegd dat zij zo min mogelijk schade aanricht."

141 Met de meerduidige term 'rechtszekerheid' wordt hier bedoeld op de kenbaarheid van het objectieve recht.

142 Vgl. MvA II Inv. bij art. 3:95 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1243. "De commissie zou gaarne vernemen hoe ik sta tegenover het voorstel van Mijnsen dit artikel aldus aan te passen dat levering van zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden ook op andere wijze dan door een akte kan geschieden, mits de als leveringsvorm gehanteerde handeling, gelet op de omstandigheden van het geval, de verkrijger op genoegzame wijze in staat stelt zich als eigenaar te legitimeren ( ) Met de commissie ben ik van mening dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling verdient om in het nieuwe wetboek aan die eis [van een akte] vast te houden. Uit de geciteerde rechtspraak zelf is immers duidelijk dat de daarin ontwikkelde maatstaf gemakkelijk tot uiteenlopende opvattingen en derhalve tot

regeling in de wet behoort te bestaan.<sup>143</sup> In het licht van de principiële achtergrond van de organisatorische functie van de numerus clausus kan dus niet verbazen dat in art. 3:83 lid 3 BW uitdrukkelijk naar de wet als grondslag voor overdraagbaarheid wordt verwezen. Hieruit vloeit voort dat terughoudendheid dient te worden betracht bij het oordeel dat de overdraagbaarheid van een goed implicite besloten ligt in het stelsel van de wet.<sup>144</sup>

Voor de 'nieuwe typen vermogensrechten' betekent deze conclusie dat niet zonder meer ten aanzien van een of ander 'recht' kan worden aangenomen dat sprake is van een vermogensrecht dat overdraagbaar is. De wetgever dient dan eerst voor dat nieuwe type vermogensrecht een regeling te maken voor de wijze waarop het kan worden overgedragen, ofwel door specifieke regels op te stellen ofwel door een bestaande wettelijke regeling voor een ander type goed geheel of gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing te verklaren.<sup>145</sup> Deze regeling dient alle inhoudelijke aspecten van een overdracht te omvatten. De wetgever kan dus niet volstaan met een simpele wijziging van lid 3 door het te schrappen of doodleuk te verklaren dat de 'andere typen rechten' voortaan eveneens overdraagbaar zijn.<sup>146</sup> Het gesloten systeem van het goederenrecht brengt mee

---

procedures kan leiden ' Vgl ook Rb Utrecht 30 november 2005, JOR 2006/86 ten aanzien van de formaliteiten voor overdracht van een gemeenschapsmerk

143 Uitdrukkelijk in dezelfde zin is het Rapport van de MDW werkgroep Verhandelbare rechten, fase 1 (d d 8 februari 2000), § 3 7, p 34-35, zie ook § 5 3 op p 57 en § 6 2 op p 68 Minder strikt is H J Snijders, Goederenrecht, 3<sup>e</sup> druk 2001, nr 312 'Daar waar de praktijk behoefte zou hebben aan overdraagbaarheid van dergelijke rechten, zou de rechter daar toch binnen de grenzen van art 3 83 lid 1 aan tegemoet kunnen komen Men denke bijvoorbeeld aan niet-wettelijk geregelde rechten op voortbrengselen van de menselijke geest, zoals bijvoorbeeld een recht op een niet gedeponeerd merk "

144 Veel auteurs geven blijk van minder terughoudendheid Pitlo/Reehuis, 2001, nr 101 "Overigens hoeft de wet niet uitdrukkelijk te bepalen dat een goed voor overdracht vatbaar is Voldoende is dat dit uit het stelsel van de wet voortvloeit ', W Snijders, Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR 6365-6367 (1999), p 565, noot 35 (en in latere artikelen) "M i kan overdraagbaarheid zonder uitdrukkelijke bepaling voortvloeien uit aansluiting bij wel in de wet geregelde gevallen '

145 L C A Verstappen, Overdracht onder algemene titel, in Onderneming en overdracht onder algemene titel, preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2002, p 131-132, stelt voor "om een uniforme regeling van de registratie van verhandelbare rechten, met name vergunningen, op te stellen die in de betreffende publiekrechtelijke wetgeving steeds gehanteerd behoort te worden Een soort kadaster voor vergunningen Niet alleen de overheid zal willen weten wie gerechtigd is tot de vergunning, maar een eventueel geïnteresseerde overnemer zal daar ook kennis van willen nemen "

146 In de literatuur is herhaaldelijk het voorstel gedaan om art 3 83 lid 3 BW 'om te keren' door de overdraagbaarheid voorop te stellen, tenzij de wet anders bepaalt

dat de wetgever dient te voorzien in een wettelijke regeling, ofwel in één van de boeken van het BW ofwel in een bijzondere wet.<sup>147</sup> In een dergelijke regeling kan uiteraard worden verwezen naar de algemene regeling in titel 3.4 BW, mits wordt voorzien in een specifieke, op de aard van het nieuwe type vermogensrecht afgestemde leveringsformaliteit. Een en ander is de consequentie van de numerus clausus, gezien de organisatorische functie die de Nederlandse wetgever aan de numerus clausus heeft toegekend in het systeem van de wet.<sup>148</sup>

## 5.6 Conclusie

De ratio van de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten, ook wel het gesloten systeem van het goederenrecht, kent vele aspecten, zo is in dit hoofdstuk duidelijk geworden. De aspecten zijn onder te verdelen

---

of om de woorden 'eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten' in lid 1 te vervangen door 'vermogensrechten', zie m n zeer uitvoerig en uitdrukkelijk Van Engelen, a w , en eerder in NJB 2001/8, p 333-338, en NJB 1991, p 431, en verder J J Brinkhof, De codificatie van de rechten van de intellectuele eigendom in Boek 9 Burgerlijk Wetboek - Een tussenbalans, p 40, BIE 1997/8, p 279-284 op 282 l k , Ch Gielen, Bescherming van bedrijfsgeheimen, Preadvies Vereniging Handelsrecht 1999, p 7, T A van Kampen, De handel en Wandel binnen het publiekrecht - Verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten, NJB 2001/8, p 339-345

- 147 Vgl ten aanzien van de overgang van vergunningen in het kader van een overgang onder algemene titel ook Verstappen, a w , p 76, en ten aanzien van art 3 83 lid 3 BW p 130 "Ik ben wel van mening dat de wetgever meer duidelijkheid behoort te verschaffen omtrent de vraag in hoeverre door de wetgever zelf in het leven geroepen 'andere rechten' al dan niet overdraagbaar zijn dan wel bezwaard kunnen worden Het is juist de wetgever die met inachtneming van het publieke belang dat daarmee gemoeid gaat, duidelijkheid behoort te verschaffen wat de vermogensrechtelijke status van dergelijke 'andere rechten' precies is Dat bevordert de rechtszekerheid meer dan het voorstel de regel van art 3 83 lid 3 om te keren ", en p 134 "Ik zie een duidelijk verband tussen het zeer ruim geformuleerde begrip vermogensrecht in art 3 6 en de algemene beperking die art 3 83 lid 3 bevat Het om draaien van de hoofdregel heeft wellicht ongewenste neveneffecten Indien men er van uit mag gaan dat het gesloten stelsel van zakelijke, absolute rechten eraan in de weg staat dat justitabelen 'andere rechten' als bedoeld in art 3 83 lid 3 in het leven kunnen roepen, maar dat de overheid de enige instantie is die dat wel kan, dan ligt het op de weg van de overheid ook de al dan niet overdraagbaarheid en de overgang te regelen Art 3 83 lid 3 hebben we vervolgens nodig als vangnet voor het geval de overheid het niet geregeld heeft "

- 148 De bepaling in art 3 83 BW brengt gezien het gesloten stelsel bovendien mee dat niet mag worden volstaan met een private regeling van de overdraagbaarheid, aangezien dan de rechtszekerheid voor derden onvoldoende is gewaarborgd De overdraagbaarheid van bijvoorbeeld een vergunning kan derhalve bij gebreke van een wettelijk kader voor overdracht niet op rechtsgeldige wijze in de vergunningsvoorwaarden zelf worden geregeld, de wijze van overdracht dient te zijn gestoeld op een formele wet



in drie categorieën: ten eerste principiële en rechtseconomische overwegingen inzake de verhandelbaarheid van goederen, ten tweede principiële overwegingen inzake de maatschappelijke verhoudingen, in het bijzonder wat betreft natuurlijke personen, en ten derde een praktische overweging inzake de systematiek van wetgeving.

Geconstateerd is dat niet steeds evident is dat de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten en vergelijkbare rechtsfiguren en van wijzen van rechtsverkrijging en -verlies noodzakelijk of doelmatig is om de rechtspolitiek gewenste doelen te bereiken. Tegelijkertijd is helder geworden dat de numerus clausus in het licht van een veelzijdige verklaring is te begrijpen en te beoordelen. Om een oordeel over de wenselijkheid van een numerus clausus in het Nederlandse goederenrecht te kunnen geven, behoeft echter eerst meer inzicht te worden verkregen in de ruimte die thans bestaat voor de partijautonomie bij de vestiging van beperkte rechten en bij andere vormen van afsplitsing en verzelfstandiging van bevoegdheden met betrekking tot een goed.<sup>149</sup>

---

149 Een eindoordeel over de ratio van de numerus clausus volgt in § 9.4



# DE NUMERUS CLAUSUS EN DE VESTIGING VAN BEPERKTE RECHTEN

## 6.1 Vragen(stelling)

Kan een erfpachter in zijn hoedanigheid als erfpachter worden verplicht om ratten te verdelgen? Kan de eigendom worden verschaft van een gebouw zonder de daaronder gelegen parkeergarage? Kan aan een pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid worden toegekend om het onderpand te gebruiken en de vruchten ervan te genieten? Kan de opstaller in zijn hoedanigheid van opstaller worden verplicht de onroerende zaaksbelasting van de verschaffer van het recht van opstal te betalen? Kan de eigendom van een vakantiehuisje voor de maand juli worden verschaft, of anders de erfpacht, of de eigendom van een bestelwagen wekelijks op dinsdag, of anders het vruchtgebruik? Kan aan de opstaller van een vakantiehuisje op het terrein van een ander het recht worden toegekend om de vruchten van de boomgaard op dat terrein te genieten? Kan worden bepaald dat een vruchtgebruiker van een terrein wel bevoegd is tot gebruik daarvan maar niet tot het genot van de vruchten? Kan het recht van een erfpachter worden beperkt tot de bovenste grondlaag, of tot de bovenste twee verdiepingen, of tot een ondergrondse tunnel? Kan een kunstenaar de eigendom behouden van een kunstwerk dat wordt ingemetseld? Kan een recht van opstal worden gevestigd voor een gevelsteen? Kan de kunstenaar of de financier van het kunstwerk de bevoegdheid krijgen te allen tijde tot verwijdering van het kunstwerk over te gaan? Kan de bevoegdheid tot revindicatie worden overgedragen? Kan eigendom worden overgedragen voor de duur van het leven van de verkrijger? Kan worden afgesproken of een zaak roerend of onroerend is? Kan worden afgesproken wie eigenaar wordt van een nieuwe nog te vormen zaak? Kan het recht worden gevestigd om jaarlijks op Prinsjesdag vanuit het raam boven de poort van het Binnenhof naar de koninklijke stoet te kijken, of om op een plek aan de St. Annastraat in Nijmegen drie stoelen neer te zetten voor de intocht van de Vierdaagse? Kan aan de Zuid-as in Amsterdam een juridische kerstboom worden opgericht?

Al deze vragen betreffende hetzelfde thema: hoeveel ruimte biedt het goederenrecht aan partijen om naar eigen believen en behoefte vorm te geven aan de inhoud van in de boeken 3 en 5 BW geregelde goederen-

rechtelijke rechten? De partijautonomie in het goederenrecht wordt geclausuleerd door de *numerus clausus*: de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem betekent enerzijds dat partijen niet vrij zijn om door hen gecreëerde rechten of plichten te 'verzakelijken' zodat dat recht of die plicht als goederenrechtelijk recht tegenwerpelijk is aan derden, en anderzijds dat de vrijheid van partijen om af te wijken van de rechtsregels over de inhoud van de goederenrechtelijke rechten en over de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies is begrensd en gekanaliseerd.

De wetgever heeft zich bij de totstandkoming van het BW uitgelaten over de partijautonomie in het goederenrecht bij de vestiging van beperkte rechten en de grenzen hieraan die uit de wet voortvloeien. Daarbij heeft de wetgever uitdrukkelijk het 'voldoende verbandvereiste' gesteld voor de invulling van de inhoud van beperkte rechten. Daarnaast worden in de literatuur nog andere beperkingen afgeleid uit het systeem van de wet, meer in het bijzonder uit de in het nieuwe BW gehanteerde terminologie en uit het afsplitsingsmodel, dat aan de vestiging van beperkte rechten ten grondslag zou liggen. Het gaat ten eerste om het 'stapelingsverbod' dat meebrengt dat de vestiging van beperkte rechten op andere beperkte rechten ten dele onmogelijk is, en ten tweede om het 'subtractieprincipe' dat inhoudt dat bij de vestiging van een beperkt recht geen verplichtingen aan de beperkt gerechtigde opgelegd kunnen worden.

In dit hoofdstuk wordt geanalyseerd of de genoemde algemene beperkingen ten aanzien van de vestiging van beperkte rechten inderdaad bestaan en in hoeverre ze richtsnoeren bieden voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de goederenrechtelijke constructies die in de rechtspraktijk zijn ontwikkeld. Eerst komt het afsplitsingsmodel aan de orde in § 6.2, omdat dit model in de doctrine mede ten grondslag wordt gelegd aan verschillende wetssystematische beperkingen. Eén daarvan is het vermeende verbod op stapeling van zakelijke rechten, waarvan de herkomst in § 6.3 wordt getraceerd en het bestaan betwist. In § 6.4 wordt aandacht besteed aan hetgeen in de parlementaire geschiedenis is te vinden over de ruimte die het goederenrecht voor de partijautonomie biedt bij de vormgeving van beperkte rechten. De wetgever blijkt het zogenaamde voldoende verbandvereiste te hebben geformuleerd, dat wordt geanalyseerd in § 6.5. Vervolgens wordt in § 6.6 aandacht besteed aan de oude idee dat een beperkt recht nooit verplichtingen kan leggen op een beperkt gerechtigde die een eigenaar of ander volledig rechthebbende niet zou kunnen hebben; deze idee wordt het 'subtractieprincipe' genoemd. In het vervolg van het hoofdstuk wordt vanuit verschillende invalshoeken geïnventariseerd wat de geformuleerde beperkingen in de praktijk betekenen. In § 6.7 worden de bevindingen op een rij gezet. Dit leidt tot een analyse van het

rechtsregime dat tussen de betrokkenen van een goederenrechtelijk recht van toepassing is in § 6.8. De manoeuvringsruimte voor partijen bij de vormgeving van beperkte rechten wordt ten slotte in § 6.9 inzichtelijker gemaakt door structurering op basis van drie dimensies: inhoud, ruimte en tijd. Maar eerst het afsplitsingsmodel.

## **6.2 De vestiging van beperkte rechten als vorm van splitsing**

### *6.2.1 Twee modellen*

Bij de dogmatische analyse van de aard van een beperkt recht en de vestiging ervan wedijveren twee theorieën sinds de 19<sup>e</sup> eeuw om erkenning als de heersende: het 'afspiegelingsmodel' versus het 'afsplittingsmodel'.<sup>1</sup>

In het afspiegelingsmodel wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de toekenning van bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde door de moedergerechtigde.<sup>2</sup> De toegekende bevoegdheden zijn gespiegeld aan de bevoegdheden van de moedergerechtigde en kunnen daarom niet ruimer zijn dan de bevoegdheden van de moedergerechtigde zelf. In het afsplittingsmodel betekent de toekenning van bevoegdheden dat zij door de moedergerechtigde niet meer kunnen worden uitgeoefend. De moedergerechtigde heeft die bevoegdheden nog wel, maar ze zijn 'verlamd' door de toekenning ervan aan de beperkt gerechtigde. Wanneer het

---

1 Zie uitvoerig Rank-Berenschot, diss., 1992, § 6.3

2 Zie o.a. Diephuis VI, 1880, p. 474, en J. Ph. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940, nr. 10 (en nr. 81): "De bezwaring van een zaak verkleint dus niet den inhoud van den eigendom, maar verlamt enkel de bevoegdheden van den eigenaar, in zover het gevestigd jus in re aliena aan den zakelijk gerechtigde het genot of de beschikking over de belaste zaak schenkt. Zoodra de belasting verdwijnt, komt den eigenaar daarom van rechtswege weer de bevoegdheid tot de onbeperkte uitoefening van zijn recht toe. In de volle ontplooiing van zijn eigendomsrecht wordt hij niet langer door een hooger recht geremd." Vgl. Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, verfaßt von Reinhold Johow, deel 1, Berlijn 1982, p. 502. "Als unhaltbar ist wohl jetzt allgemein erkannt die von einigen Schriftstellern, z.B. Puchta, Pand. §.145, aufgestellte Ansicht, daß die dinglichen Rechte aus dem Eigenthum herausgenommene Befugnisse seien. Das Eigenthum ist ein untheilbares Recht, welches zwar eine Reihe von Befugnissen gewährt, aber nicht aus solchen sich zusammensetzt. Der Eigenthümer ist mithin gar nicht in der Lage, eine solche Befugnis aus seinem Rechte herauszunehmen und auf einen Anderen zu übertragen. Das dingliche Recht, welches er bestellt, besteht auch nicht in einer Beschränkung des Eigenthums, es ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers an der Sache, welches die Herrschaft des Eigenthümers über dieselbe beschränkt. Mit dem Erlöschen dieses Rechts erlischt zugleich die Beschränkung. Das Eigenthum konsolidiert sich wieder, ohne daß es einer Ruckerwerbung der dem Berechtigten zugestandenen Befugnis seitens des Eigenthümers bedürfe."

beperkte recht op één van de in art. 3:82 BW verwoorde wijzen tenietgaat, bijvoorbeeld door opzegging, afstand of tijdsverloop, worden de aan de beperkt gerechtigde toegekende bevoegdheden weer bij de moedergerechtigde geactiveerd. Zeer bekend is de beeldspraak van de elastieke bal, waarop het beperkte recht drukt; het moederrecht herkrijgt de oude vorm wanneer de druk wegvalt.<sup>3</sup>

In het afsplitsingsmodel wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de afsplitsing van een aantal bevoegdheden uit het moederrecht en de overdracht van die bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde.<sup>4</sup> Afsplitsing impliceert dat de afgesplitste bevoegdheden niet meer toekomen aan de moedergerechtigde; het beperkte recht is uit het moederrecht gesneden. Hierin schuilt het verschil met het afspiegelingsmodel, dat impliceert dat de bevoegdheden nog wel deel uitmaken van het eigendomsrecht, ook al kan de eigenaar deze bevoegdheden niet meer uitoefenen. Ondanks de afsplitsing van de bevoegdheden in het afsplitsingsmodel verliest het moederrecht niet zijn status: het eigendomsrecht blijft een eigendomsrecht, ook al zijn vrijwel alle bevoegdheden overgegaan naar beperkt gerechtigden.<sup>5</sup> De uitholling wordt soms verwoord met de voor-

3 G C J J van den Bergh, *Eigendom*, 1<sup>e</sup> druk 1979, p. 49 (maar niet meer in de 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 79), spreekt van 'het luchtballon-model van de eigendom', daartoe geïnspireerd door een passage bij Windscheid "Fallt die Eigenthumsbeschränkung weg, so entfaltet das Eigenthum sofort wieder seine ganze Fülle".

4 Zie m.n. Opzoomer III, 1871, p. 308-309 "De vestiging, die op overeenkomst steunt, is zoo goed een overdracht, als ieder volgende. Men kan iemand niet geven wat men zelf niet heeft, en al heeft de eigenaar het vruchtgebruik niet onder dien naam, niet als een afzonderlijk recht, maar als een deel van zijn eigendom, ik zie niet, wat dit ter zake zal doen. Toch draagt hij wel degelijk zijn vruchtgebruik, dat bij hem van zijn eigendom een deel uitmaakte, op den anderen over". J. Eggens, *Is de beslaglegger rechtverkrijgende van den beslagene?*, WPNR 3651-3652 (1939), VPO II, p. 55-62, Eggens-bundel, op p. 252, introduceerde het begrip 'constitutieve overdracht', door hem omschreven als "die betrekkelijke overdracht, waardoor de verkrijger eene andere kwaliteit verkrijgt dan de overdrager had en behoudt, dus een bepaald kwalitatief deel van het recht, dat dan dus niet meer in al zijn kwaliteiten aan den vervreemder verblijft, maar in een bepaald kwalitatief opzicht is overgedragen aan den verkrijger, zooals het geval is bij de verleening van zakelijke rechten", met verwijzing naar Von Tuhr, *Der allgemeine Teil des D B R II*, § 45, blz. 63 ('qualitative Teilung'). Vgl. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 280 en 281.

5 Vgl. Meijers, a.w., p. 281. Men kan spreken van elasticiteit van het eigendomsbegrip, omdat het begrip zo rekbaar is dat het van toepassing blijft wanneer de eigendomsbevoegdheden in meer of mindere mate aan andere, beperkt gerechtigden toekomen. Elasticiteit in deze zin wordt uit de abstractie van het eigendomsbegrip afgeleid door Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft der Abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band III, 1976, p. 146 "Diese Abstraktheit sieht man darin, daß das Eigentum ein 'von der Summe der in ihm enthaltene Befugnisse

voeging 'bloot-'. Gezien de afsplitsing van de bevoegdheden past het beeld van de elastieke bal niet goed bij het afsplitsingsmodel.<sup>6</sup> Passender is het beeld dat de afgesplitste bevoegdheden de druppels van een vloeistof vormen, die door de Van der Waalskrachten weer aangezogen worden.<sup>7</sup>

### *6.2.2 De keuze van de wetgever*

Naar mijn mening ligt aan het nieuwe BW het afsplitsingsmodel ten grondslag: de vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht moet daarom worden beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaart. De term afsplitsing is in de wet niet te vinden.<sup>8</sup> Wel wordt daar waar het in de wet om de vestiging van beperkte rechten gaat, aansluiting gezocht bij de begrippen overdracht en overdraagbaarheid, zowel in lid 1 van art. 3:81 BW als in de schakelbepaling in art. 3:98 BW. Van groot gewicht is uiteraard de wettelijke omschrijving van het begrip beperkt recht in art. 3:8 BW. Daarin, en ook in lid 2 sub a van art. 3:81 BW, worden beperkte rechten aangeduid als rechten die zijn 'afgeleid uit' een

---

verschiedenes und daher überall gleiches Recht' ist Folge dieser Abstrahierung ist die 'Elastizität' des Begriffes Eigentum bleibt auch dann Eigentum, wenn noch so viele dieser Befugnisse herausgelöst und an Dritte übertragen werden " In de Nederlandse doctrine wordt het kenmerk van elasticiteit vooral gebruikt om te omschrijven dat na wegval van een beperkt recht het daardoor bezwaarde eigendomsrecht zijn volle omvang herneemt, dit is het beeld van de elastieke bal In de zin die Wiegand aan elasticiteit toekent, beschrijft de term ook het Nederlandse eigendomsbegrip

6 Toch is het beeld te vinden bij onmiskenbare aanhangers van het afsplitsingsmodel, zoals Meijers, a w , p 281 "Dikwijls wordt dit verschijnsel weergegeven door gebruik te maken van het beeld van de elastische bal Zodra de druk van het afgesplitste recht ophoudt te worden, herneemt het recht, waarop de druk wordt uitgeoefend, weer zijn oorspronkelijke vorm en grootte "

7 Weer een ander beeld is geschetst door Opzoomer III, 1871, p 199 (en 476) het eigendomsrecht is "het middelpunt, waarvan alle rechten als zoo vele stralen uitgaan Krijgen die stralen een zelfstandig karakter, als stonden ze naast dat middelpunt, toch blijkt het telkens, dat er de ware zelfstandigheid aan ontbreekt Ze blijven met dat middelpunt in samenhang, het heeft de kracht om ze weer tot zich te trekken en hun eigen bestaan er aan te ontnemen ", kritisch hierover Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, VI, 2<sup>e</sup> druk 1886, p 18, noot 1 "Men zou intusschen kunnen vragen, of de onvolkomen eigendom wel een eenheid van regt genoemd kan worden, en of de volkomen eigendom, en zelfs de onvolkomene, niet altijd nog vrij wat meer is dan een middelpunt "

8 Wel is in art 3:304 BW bepaald dat een rechtsoverdracht niet van het recht tot welks bescherming zij dient, kan worden 'gescheiden' Zie verder § 7.8.2

meeromvattend recht. De wettelijke definitie van het begrip 'beperkt recht', dat het oude BW niet kende, is echter meerduidig:

'Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.'

Kisch heeft er al in 1955 op gewezen dat deze definitie hinkt op twee gedachten die elkaar doorkruisen.<sup>9</sup> De term 'afleiden' duidt op afsplitsing, terwijl de term 'bezwaren' taalkundig meer in de richting van het afspiegelingsmodel gaat.

De parlementaire geschiedenis is ook niet eenduidig over het dogmatische model dat ten grondslag ligt aan de vestiging van beperkte rechten. De afsplitsingsterminologie is vooral te vinden in de door het driemanschap geschreven Toelichting Meijers:

"De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten (...) bij een beperkt recht is één hoofdrecht aanwezig, waarvan het beperkte recht is afgezonderd en hetwelk bij het wegvallen van het beperkte recht weer zijn volle inhoud verkrijgt."<sup>10</sup>

Verder is de vestiging van een beperkt recht op verschillende plaatsen in de Toelichting Meijers aangeduid als een wijze van overdracht:

"Het ontwerp ziet de vestiging van een zakelijk recht als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijke recht; (...). Degene die het oudere recht kreeg, kan derhalve aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij vestiging van het eerste recht overdroeg."<sup>11</sup>

9 I. Kisch, Formulerings van rechtsregels in het ontwerp B.W., WPNR 4407 (1955), p. 322-323, waar hij wijst op "de fout dat een fragment zou kunnen drukken te zelfder plaatse als waar het is uitgesneden, dus zou kunnen drukken waar geen drukvlak meer bestaat". Vgl. J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp BW in verband met de beperkte conceptie van het begrip 'zakelijk recht', RM Themis 1961, p. 80-81.

10 TM bij art. 3:8, PG 3, p. 93.

11 TM, Algemene opmerkingen boek 5, sub 4, PG 5, p. 3, bij de bespreking van de vraag of het nodig was om de prior tempore regel in de wet op te nemen. Zie verder TM bij art. 3:81, PG 3, p. 309: "Vestiging van een beperkt recht is een beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen. Mitsdien moet degene, die een beperkt recht vestigt, de bevoegdheid hebben over zijn recht te beschikken, m.a.w. zijn recht moet overdraagbaar zijn."; en TM bij art. 3:98, PG 3, p. 404: "De vestiging van een beperkt recht kan als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit dat recht worden beschouwd. In verband daarmee zijn de voorschriften betreffende de overdracht van rechten ook op de vestiging van die rechten toepasselijk verklaard."



Later is in de Memorie van antwoord gekozen voor een formulering die doet denken aan het afspiegelingsmodel:

"De omschrijving 'afgeleid uit een meer omvattend recht' geeft een juist inzicht in de betekenis van de terminologie dat het (hoofd)recht met het beperkte recht 'bezwaard' is. Het ontstaan van een beperkt recht - door vestiging of op andere wijze - heeft immers tot gevolg dat aan de beperkt gerechtigde een aantal van de bevoegdheden toekomen, die aanvankelijk uitsluitend tot het recht van de hoofdgerechtigde behoorden, of althans dat de hoofdgerechtigde ten behoeve van de beperkt gerechtigde in de uitoefening van een aantal van deze bevoegdheden wordt beperkt. Worden de betreffende bevoegdheden weer onbeperkt in de hand van de hoofdgerechtigde verenigd b.v. doordat van het beperkte recht afstand wordt gedaan, dan herwint het hoofdrecht weer zijn oorspronkelijke, onbezwaarde vorm."<sup>12</sup>

Weer later is door regeringscommissaris W. Snijders bij de bespreking van de vestiging van een beperkt recht door voorbehoud juist weer aansluiting gezocht bij de afsplitsingsterminologie:

"De vestiging is slechts nodig om het vruchtgebruik als afzonderlijk recht van de volle eigendom af te splitsen, zodat het in het vermogen van de vervreemder kan blijven, zie voor de term 'afplitsing' de toelichting van Meijers bij artikel 3:8."<sup>13</sup>

De passage uit de memorie van antwoord heeft tot gevolg dat niet met stelligheid kan worden gezegd dat de wetgever bewust en uitdrukkelijk heeft gekozen voor het afsplitsingsmodel, hoewel de meeste relevante passages wel in die sleutel zijn gezet.

In de Nederlandse doctrine, voor zover het onderscheid tussen de twee modellen helder wordt gemaakt, lijkt door sommige auteurs te worden vastgehouden aan het afspiegelingsmodel. Zo schrijft Mijnsen:

"Waar de beperkte rechten, die zijn afgeleid uit eigendom tevens rechtstreekse bevoegdheden geven ten aanzien van het object van eigendom, de lichamelijke zaak, pleegt men de voorkeur te geven aan de beschouwing dat zij een belasting van de lichamelijke zaak zelf vormen. Dit betekent echter niet dat degene die een beperkt zakelijk recht verkrijgt, hierdoor een deel van de eigendom verwerft. Hij krijgt een geheel zelfstandig recht dat in beperkte omvang soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft en een belasting vormt van het recht van de eigendom, dat in beginsel blijft bestaan."<sup>14</sup>

12 MvA II bij art. 3:7 en 8 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 92. De passage vervolgt met een toelichting dat de term 'afgeleid' niet in de weg staat aan het ontstaan van beperkte rechten door verjaring. Door de Commissie was de term 'losmaking' gebruikt op een wijze die ging in de richting van een materiele afscheidingshandeling.

13 Eindverslag I bij art. 3:98 (d.d. 12 december 1979), PG 3, p. 407 onderaan.

14 Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 9, moeilijk hiermee verenigbaar is een passage in nr. 241, grote letter, ten aanzien van art. 3:84 lid 3 BW: "Haar strekking is te voorkomen dat eigendom of een ander recht wordt opgesplitst in andere

Anderen zien de vestiging van een beperkt recht wel als een vorm van splitsing.<sup>15</sup> Al met al bestaat in de doctrine geen consensus. De ambiguïteit van de in de wet gehanteerde terminologie laat in de doctrine sporen na.<sup>16</sup>

De vraag rijst of het uitmaakt welk model ten grondslag ligt aan de wet. Het afsplitsingsmodel zal in de volgende paragrafen worden genoemd als grondslag voor de twee algemene beperkingen die het wettelijk systeem volgens sommigen oplegt aan partijen die een beperkt recht wensen te vestigen. Het zal echter blijken dat ook het afspiegelingsmodel tot vergelijkbare conclusies kan leiden. Toch is er een zelfstandig belang gelegen in conceptuele helderheid. Daarbij komt dat het de verantwoordelijkheid van de doctrine is, en niet van de wetgever, om de dogmatische grondslagen van de wet tot uitdrukking te brengen. Daarbij dient een keus te worden gemaakt: naar mijn mening past het afsplitsingsmodel het meest bij de bepalingen in de wet.<sup>17</sup>

---

beperkte rechten dan die welke de wet kent." A.H.T Heisterkamp, in: Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 588, rept zowel van afsplitsing als van de elasticiteit van de eigendom. Zo ook E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, 3<sup>e</sup> druk 2001, nr. 450. J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsoBJECTEN, diss. Leiden, 2003, § 2.1.8, p. 31, opteert voor de term bezwaring en daarmee vermoedelijk voor het afspiegelingsmodel.

- 15 Zie o.a. W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p. 89 in verband met p. 90 ("een splitsing van eigendom met goederenrechtelijke werking (...) in de vorm van beperkte rechten"); J.J. van Hees, Leasing, diss. Nijmegen, 1997, p. 78; Uniken Venema, preadvies NJV 1956-I, p. 50 en 55; Cahen, oratie 1966, p. 13. Duidelijk in de lijn van het afsplitsingsmodel is ook J.E. Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 3<sup>e</sup> druk 2005, h. 1.C, o.a. p. 14: "Het volledige recht van de rechthebbende kan gezien worden als een samenstel van een aantal deel-bevoegdheden. Uit dit samenstel (deze 'bundel van bevoegdheden') kan afsplitsing van een speciale bevoegdheid en overdracht ervan plaatsvinden, hetgeen betekent dat de vestiging van een beperkt recht (inhoudende deze speciale bevoegdheid) op het vermogensrecht. (...) Uit dit alles blijkt dat vestiging van een beperkt recht in wezen overdracht is van een deel-bevoegdheid uit een complex van bevoegdheden die tezamen het eigendomsrecht op een zaak *casu quo* het meest omvattende recht (de 'quasi-eigendom') op een vermogensrecht vormen. In het BW is deze zienswijze verankerd blijkens art. 3:98."

- 16 Afwijkend is de benadering van S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 (Rabobank/Stormpolder Vastgoed), p. 984, r.k. bovenaan: "ik meen dat verpanding van een vordering niet moet worden gezien als een *overdracht* van bevoegdheden en met name van de inningsbevoegdheid. Bij stille of openbare verpanding van een vordering wordt noch de vordering, noch een deel van de bevoegdheden uit hoofde van de vordering overgedragen. De pandhouder verkrijgt in geval van openbare verpanding op grond van de wet de bevoegdheden de vordering te innen." Naar mijn mening staat het gegeven dat de wet ten dele dwingendrechtelijk bepaalt welke bevoegdheden toekomen aan een beperkt gerechtigde niet in de weg aan de zienswijze dat de vestiging van dat beperkte recht afsplitsing en overdracht van die in de wet geregelde bevoegdheden betekent.

- 17 Jurisprudentie is uiteraard niet een goede bron van dogmatische beschouwingen. Vgl. wel Hof 's-Hertogenbosch 3 september 1997, NJ 1998, 561: "Ook in het vestigen

### 6.3 Stapeling van beperkte rechten

Het beperkte recht wordt in art 38 BW omschreven als 'een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard'. Blijkens de leden 1 en 2 sub a van art 381 BW en de schakelbepaling in art 398 BW wordt de vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaard. Al deze wettelijke bepalingen bieden ruimte voor stapeling van goederenrechtelijke rechten van stapeling in juridische zin is sprake wanneer een beperkt gerechtigde zijn beperkte recht met een ander beperkt recht bezwaard. Denkbaar is bijvoorbeeld een hypotheekrecht op het recht van vruchtgebruik van de erfpacht van het eigendomsrecht van de grond van een ander. Zo ontstaat een piramide aan beperkte goederenrechtelijke rechten waarvan het fundament wordt gevormd door een eigendomsrecht of een ander 'volledig' recht.

Dat niet ieder beperkt recht rechtstreeks uit een volledig recht hoeft te zijn afgesplitst, blijkt implicite uit art 381 lid 1, eerste zin, dat niet nader specificeert uit welk soort recht een beperkt recht wordt afgesplitst, het blijkt verder uitdrukkelijk uit art 38 BW dat het moederrecht aanduidt als slechts een 'meer omvattend recht', dus mede omvattende beperkte rechten. In hoeverre een beperkt recht als moederrecht kan fungeren waaruit een ander beperkt recht kan worden afgesplitst, hangt dus mede af van hetgeen ieder van die beperkte rechten omvat aan bevoegdheden. Een beperkt gerechtigde kan niet meer afsplitsen dan hij zelf heeft. Het afsplitsingsmodel en de stapelingsmogelijkheden zijn in wezen aspecten van beschikkingsbevoegdheid, zoals belichaamd in het adagium *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. In een passage uit de Toelichting Meijers is dit verband terug te vinden:

Vestiging van een beperkt recht is een beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen. Mitsdien moet degene, die een beperkt recht vestigt, de bevoegdheid hebben over zijn recht te beschikken, m a w zijn recht moet overdraagbaar zijn.<sup>18</sup>

van een pandrecht zit een element van overdracht, al is het slechts een overdracht met een beperkte strekking, en van tijdelijke aard.

- 18 TM bij art 381, PG 3, p. 309. Het nemo plus-beginsel is niet uitdrukkelijk opgenomen in de wet, maar wel in de parlementaire geschiedenis op verschillende plaatsen genoemd. Van belang is vooral de Algemene opmerkingen over Boek 5, sub 4, PG 5, p. 3. Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijke recht. Degene die het oudere recht kreeg, kan derhalve aan de verkrijger van het

### 6.3.1 Het stapelingsverbod bestaat ...

In de context van het nieuwe BW is desalniettemin twijfel gerezen over de mogelijkheid tot stapeling van beperkte rechten in sommige gevallen. Heyman spreekt zelfs van 'het stapelverbod van boek 5' en 'het (anti-stapel)beginsel': "het beginsel dat de beperkte rechten van boek 5 slechts op eigendom kunnen rusten en dus ook alleen door een eigenaar kunnen worden gevestigd".<sup>19</sup> Volgens Van Velten gaat het bij de - nog algemener geformuleerde - "regel dat de stapeling van recht op recht onmogelijk is" om "een door Meijers veronderstelde beperking die door de tijd is achterhaald".<sup>20</sup> Voor beroering in de rechtspraktijk zorgt vooral de vermeende

---

jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij vestiging van het eerste recht overdroeg." Zie verder MvA II bij art. 5:85 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 303, laatste alinea; NvW bij art. 5:93 (d.d. 31 januari 1977), PG 5, p. 316, vierde alinea; en ook TM bij art. 3:86, PG 3, p. 321, en MvA II Inv. bij art. 6:252 (d.d. 13 september 1985), sub 1d, PG Inv. 6, p. 1822.

- 19 Zie H.W. Heyman, Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?, WPNR 6342 (1999), en later, Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar, in: Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p. 82, waar hij ervoor pleit het dogmatische onderscheid tussen boek 3-rechten en boek 5-rechten op te geven en de stapeling van beperkte rechten onbeperkt mogelijk te maken. Zie verder o.a. A.J.H. Pleysier, Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijk wetboek, WPNR 5651 (1983) en in TSAR 1993/3, p. 408-423; A.E. de Vries, Het recht van erfpacht, 1<sup>e</sup> druk 1984, p. 78-81, 3<sup>e</sup> druk 2002 (bewerkt door A.J.H. Pleysier), p. 76-79; Asser 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 34; Van Velten, Erfpacht, preadvies KNB 1995, § 1.5.8 en 1.8.3; C. Venemans, in: Naar een vernieuwd appartementsrecht, preadvies KNB 1997, § 4.6; H.D. Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom, diss., 1997, nrs. 192-193; W.G. Huijgen, in: 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysierbundel), 2005, inleiding.
- 20 A.A. van Velten, Erfpacht, preadvies KNB 1995, § 1.5.8. Vgl. de door Van Velten toegevoegde passage in Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 482: "het systeem van het huidige BW staat geen stapeling van beperkte rechten toe, tenzij de wet dit nadrukkelijk toestaat (bijv. hypotheek op erfpacht)", en in: Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, 2006, § 2.3, p. 23: "In beginsel kunnen beperkte rechten niet worden 'gestapeld', tenzij de wet dit met zoveel woorden toestaat. (...) De overige beperkte rechten zijn niet stapelbaar, omdat daaraan destijds (rond 1950) geen behoefte was, aldus bleek Meijers bij de opstelling van het nieuwe vermogensrecht. (...) Naderhand bleek die behoefte wel aanwezig te zijn, waarop de regeringscommissaris voor Boek 5 NBW, J.H. Beekhuis, de fictie introduceerde dat de desbetreffende rechten op de onderliggende zaak worden gevestigd." Van Velten geeft geen bron voor de toeschrijving aan Meijers. Lezing van de hierna nog nader te analyseren bespreking door Meijers van een artikel van J. van Kuyk in Themis 1909/3, in WPNR 2104 (1910), p. 205-206, leert dat een beperkt recht dat is afgeleid uit een ander beperkt recht op een zaak (zoals vruchtgebruik van een erfpacht) door Meijers gewoon mogelijk werd geacht, en bovendien dat de door Van Velten aan Beekhuis toegedichte fictie waarschijnlijk een afgeleide is van de visie van Meijers dat gestapelde beperkte rechten met betrekking tot een zaak alle een machtsverhouding ten

wettelijke onmogelijkheid voor de erfpachter om een recht van opstal te vestigen ten aanzien van de onroerende zaak waarop hij een recht van erfpacht heeft, en verder, voorafgaande aan de wijziging van het appartementsrecht in 2005, de vermeende onmogelijkheid om een appartementsrecht te bezwaren met een recht van erfpacht of opstal

Het stapelingsverbod wordt afgeleid uit de systematiek van boek 5 BW, dat blijkens zijn opschrift en zijn opzet alleen ziet op goederenrechtelijke rechten die rusten op zaken. Dit blijkt ook uit de begripsomschrijvingen van de beperkte rechten in boek 5 BW, de rechten van erfpacht en opstal worden in art. 5:85 en 101 BW uitdrukkelijk aangemerkt als 'zakelijke rechten' met betrekking tot eens anders onroerende zaak. Strikt genomen volgt uit het afsplitsingsmodel dat de beperkte rechten niet de zaak zelf bezwaren maar het eigendomsrecht daarop. Het eigendomsrecht wordt in de wet geïdentificeerd met de zaak zelf.<sup>21</sup> Een beperkt recht op een zaak is zelf in de terminologie van art. 3:1 BW echter geen zaak maar een vermogensrecht. Een gestapeld beperkt recht op een ander beperkt recht is in deze redenering dus geen zakelijk recht in de zin van boek 5 BW, en zou derhalve in de systematiek van het nieuwe BW niet kunnen bestaan, voor zover het gestapelde recht één van de beperkte rechten uit boek 5 is, alle genotsrechten op onroerende zaken en derhalve alle registergoederen. De beperkte rechten uit boek 3 ten aanzien van registergoederen - vruchtgebruik en hypotheek - zouden daarentegen in beginsel wel kunnen worden gestapeld op de beperkte zakelijke genotsrechten van boek 5, en op elkaar.

### *6.3.2 ondanks de stapelingsbepalingen*

Het stapelingsverbod wordt verder onderbouwd met de vaststelling dat de wet voor sommige gevallen voorziet in een stapelingsbepaling maar voor andere niet. Het klassieke geval van stapeling van beperkt zakelijke genotsrechten uit boek 5 BW is ondererfpacht, waarbij de erfpachter zijn beperkte zakelijke genotsrecht bezwaart met een erfpachtsrecht ten gunste van een derde. In de literatuur was twijfel gerezen over de mogelijkheid tot vestiging van ondererfpacht in het systeem van het ontwerp

---

aanzien van de zaak zijn. Vermoedelijk berust de analyse van Van Velten op een verkeerde lezing van hetgeen wordt gesteld door A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-1, § 11, 1<sup>e</sup> druk 1982, 3<sup>e</sup> druk 2002, zie hierna § 6.3.3

21 Zie reeds § 2.5.1

burgerlijk wetboek.<sup>22</sup> Ondanks de opzet van boek 5 is de wetgever zelf er steeds vanuit gegaan dat ondererfpacht mogelijk zou blijven, omdat het recht van ondererfpacht naar de heersende leer op de onroerende zaak zelf rust en aan de ondererfpachter daarvan het houderschap en het gebruik toekent.<sup>23</sup> De wetgever heeft het toch nuttig geacht de mogelijkheid tot het vestigen van ondererfpacht uitdrukkelijk in de wet te verankeren.<sup>24</sup> In art. 5:93 lid 1 BW wordt nu de mogelijkheid geboden om de erfpachter bevoegd te maken om de onroerende zaak waarop zijn recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht uit te geven.<sup>25</sup> Van belang is daarbij de toevoeging in lid 3: de erfpachter wordt voor de toepassing van de artikelen uit titel 5.7 in zijn verhouding tot de ondererfpachter aangemerkt als eigenaar. Deze bepaling redt de terminologische systematiek van boek 5 BW: er is uit af te leiden dat het recht van ondererfpacht direct rust op (het eigendomsrecht van) de zaak, en dat het derhalve kan worden aangemerkt als een zakelijk recht.

Hoe deze bepaling in lid 3 van art. 5:93 BW zich precies verhoudt tot de dogmatische aard van een beperkt zakelijk recht wordt in de toelichting niet duidelijk gemaakt. Daarin staat slechts dat de bepaling te vergelijken is met lid 4 van art. 5:84 BW in titel 5.6 over erfdienstbaarheden.<sup>26</sup>

22 Zie m.n. W.B. Plantenga, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden*, preadvies BCN 1957, p. 88, onderschreven door Wery, a.w., RM Themis 1976, p. 81, noot 1, die stelde dat noch boek 3 noch boek 5 deze figuur kende.

23 MvA II bij art. 5:85 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 303, laatste alinea; zie ook NvW bij art. 5:93 (d.d. 31 januari 1977), PG 5, p. 316, eerste en tweede alinea. Daarbij is verwezen naar Asser-Beekhuis 3-I, 9<sup>e</sup> druk 1963, p. 263.

24 NvW bij art. 5:93 (d.d. 31 januari 1977), PG 5, p. 316. Uit dit debat over de rechtsgeldigheid van ondererfpacht is kennelijk de inspiratie geput om voor het destijds geldende recht de geldigheid te betwisten. Ongetwijfeld speelde hierbij een rol dat in de literatuur de neiging bestond om de ondererfpacht als een afzonderlijk type zakelijk recht naast de erfpacht te zien; zie o.m. J.L.L. Wery, *Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp BW in verband met de beperkte conceptie van het begrip 'zakelijk recht'*, RM Themis 1961, p. 81, noot 1. De Hoge Raad heeft alle twijfel weggenomen in zijn arrest van 8 december 1982 (belastingkamer), NJ 1983, 686 m.nt. WMK, dat al in § 2.3.5 is besproken.

25 Indien verhuur en verpachting als de vestiging van quasi-goederenrechtelijke rechten worden beschouwd, is er eveneens sprake van een soort stapeling, waarin is voorzien door art. 5:94 BW. In de TM bij art. 5:94, PG, 5, p. 317, is gewezen op een gelijkenis met art. 5:84 BW: "De verhuur of verpachting, waartoe de erfpachter volgens het eerste lid bevoegd is, heeft niet het erfpachtsrecht, maar de zaak zelf tot voorwerp; hetzelfde geldt voor de in art. 5:84 aan de erfpachter toegekende bevoegdheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden. De erfpachter is echter niet bevoegd de in erfpacht gegeven zaak met hypotheek of vruchtgebruik te bezwaren, maar zoals opgemerkt, is hij wel bevoegd het hem toekomende beperkte recht binnen de grenzen van dat recht wederom met een beperkt recht, dus b.v. een hypotheek of een vruchtgebruik, te belasten; vgl. art. 3:81 lid 1."

26 NvW bij art. 5:93 (d.d. 31 januari 1977), PG 5, p. 317.

Deze bijzondere stapelingsbepaling maakt het mogelijk dat de erfpachter, de opstaller en de vruchtgebruiker van een onroerende zaak een erfdienstbaarheid vestigen zowel ten laste als ten behoeve van die zaak. Op grond van lid 4 worden deze beperkt gerechtigden voor de toepassing van de artikelen uit titel 5.6 aangemerkt als eigenaar. De reden daarvoor is dat in titel 5.6 op vele plaatsen alleen van de eigenaar van heersend of dienend erf wordt gesproken.<sup>27</sup> Op dit punt is er echter juist geen vergelijk met titel 5.7 over erfpacht, waar de term 'eigenaar' niet wordt gebruikt. De onderbouwing van art. 5.93 lid 3 BW door middel van de vergelijking met art. 5.84 BW is dus zwak. Ook is de systematisch-terminologische bijkomstigheid dat het gestapelde beperkte recht kan worden aangemerkt als een zakelijk recht, niet relevant in het kader van art. 5.84 BW, aangezien hierin uitdrukkelijk is bepaald dat de erfdienstbaarheid op de zaak zelf rust.

De 'stapelingsbepaling' in art. 5.84 BW is ook anderszins van andere orde. In wezen gaat het bij de vestiging van een erfdienstbaarheid door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker ten behoeve van een ander erf niet om stapeling van beperkte rechten: die beperkt gerechtigden vestigen slechts een tweede beperkt recht dat naast hun eigen recht rust op de zaak zelf, en waarvan het lot ten dele aan hun eigen beperkte recht verbonden is.<sup>28</sup> Van afsplitsing en overdracht van een deel van de bevoegdheden uit hun eigen beperkte recht is eigenlijk geen sprake, de beperkt gerechtigde holt zijn beperkte genotsrecht een beetje uit, door een deel van zijn genotsbevoegdheden prijs te geven. Deze bevoegdheden vallen dan weer toe aan de moedergerechtigde, vervolgens beschikt de beperkt gerechtigde over deze bevoegdheden van de moedergerechtigde door de erfdienstbaarheid te vestigen.<sup>29</sup>

Andersoortige stapelingsbepalingen zijn te vinden in titel 5.9 over appartementsrechten. In algemene zin stelt art. 5.117 lid 1 BW dat een appartementsrecht als een zelfstandig registergoed kan worden overgedragen en bezwaard.<sup>30</sup> In art. 5.118 BW is bepaald dat een appartementseigenaar

---

27 MvA II bij art. 5.84, PG 5, p. 292.

28 Een ten gunste van de zaak bedongen erfdienstbaarheid blijft krachtens art. 5.84 lid 2 bij het einde van het beperkte recht in beginsel bestaan, een ten laste van de zaak bedongen erfdienstbaarheid gaat in beginsel krachtens lid 3 bij het einde van het beperkte recht teniet.

29 Zo bezien is sprake van het beschikken over andermans recht. In de TM bij art. 5.84, PG 5, p. 290, is uitdrukkelijk onderscheid gemaakt al naar gelang de opstalgerechtigde de erfdienstbaarheid vestigt ten laste van de grond of ten laste van de opstal. In het laatste geval blijft hij binnen de grenzen zijn eigen bevoegdheden op basis van het opstalrecht.

30 De consequentie van dit uitgangspunt is dat de in de splitsing betrokken goederen hun zelfstandigheid hebben verloren en niet meer als zelfstandige goederen bestaan, aldus Van Maanen in Pitlo/Reehuis, 2006, nr. 725. Dit verklaart dat krachtens

zonder medewerking van de overige eigenaren een erfdiensbaarheid kan vestigen ten laste van het deel van de onroerende zaak dat bestemd is om door hem als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. In art. 5:118a BW is in 2005 tot uitdrukking gebracht dat de appartementsgerechtigde ook de bevoegdheid heeft om een recht van erfpacht of een recht van opstal te vestigen.<sup>31</sup> In art. 5:123 BW wordt verondersteld dat een appartementseigenaar op zijn recht een vruchtgebruik kan vestigen. Echter, in geen van beide gevallen is de hier bedoelde problematiek van stapeling van beperkte rechten aan de orde. Een appartementsrecht is immers in het Nederlandse recht naar de heersende opvattingen zelf geen beperkt recht, maar een met anderen gemeenschappelijk eigendomsrecht.<sup>32</sup> Het moederrecht waaruit een beperkt recht wordt afgesplitst, is in deze gevallen dus aan te merken als eigendom.<sup>33</sup>

---

art. 5:114 lid 2 BW de in de splitsing betrokken goederen zelf niet meer kunnen worden overgedragen of bezwaard. Krachtens de bijzondere uitzonderingsbepaling in art. 5:117 lid 4 BW kunnen de in de splitsing betrokken goederen door de gezamenlijke appartementseigenaars echter wel met een erfdiensbaarheid worden belast. Onzeker is of uit deze bepalingen moet worden afgeleid dat de gezamenlijke appartementseigenaren derhalve niet, ook niet gezamenlijk, tot vestiging van andere beperkte rechten in staat zijn. R.F.H. Mertens, *Appartementen*, Mon. Nieuw BW B-29, 2<sup>e</sup> druk 1999, § 27, p. 41, stelt uitdrukkelijk dat de appartementseigenaren ook niet gezamenlijk tot vestiging van een recht van opstal in staat zijn; in zijn recensie meent A.A. van Velten, NTBR 2000/4, p. 169, dat zij dat wel gezamenlijk kunnen, mede omdat zij ook gezamenlijk in staat zijn tot verkoop van de gemeenschappelijke grasmaaier.

- 31 In de literatuur werd voorheen betwijfeld of een individuele appartementsgerechtigde in staat is om zijn appartementsrecht met een recht van opstal te bezwaren; zie hierover m.n. Heyman, a.w., de reactie van C. Venemans, met naschrift in WPNR 6357 (1999), met verdere verwijzingen, R.F.H. Mertens, *Appartementen*, Mon. Nieuw BW B-29, 2<sup>e</sup> druk 1999, § 27, p. 40, en de recensie hiervan door A.A. van Velten, NTBR 2000/4, p. 169. Zie over art. 5:118a BW, dat is opgenomen bij de herziening van het appartementsrecht, H.W. Heyman, *Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar*, in: *Vast en goed* (Van Veltenbundel), 2003, p. 77-92, kritisch, aangezien Heyman meent dat in zowel art. 5:118a als in art. 5:118 BW niet het privé-gedeelte, maar het appartementsrecht het object van het te vestigen recht van opstal had moeten zijn; door de appartementsgerechtigde een deel van de onroerende zaak als zodanig te laten bezwaren, beschikt hij over een recht dat hem niet toekomt. Heyman plaatst art. 5:118a daarom in het verlengde van art. 5:93 inzake ondererfpacht en onderopstal. Zie over art. 5:118a ook R.F.H. Mertens, *Veranderende regels in het appartementsrecht*, in: *Vast en goed* (Van Veltenbundel), 2003, p. 150-152.
- 32 Zie o.a. Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nrs. 347-348; Van Maanen in Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 709; R.F.H. Mertens, *Appartementen*, Mon. Nieuw BW B-29, 2<sup>e</sup> druk 1999, § 2.
- 33 Deze verklaring over de gestapelde rechten op een appartementsrecht wordt ook gegeven in Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 499, en door H.W. Heyman, *Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar*, in: *Vast en goed* (Van Veltenbundel), 2003, p. 80.



In andere gevallen is van *appartementseigendom* echter geen sprake: blijkens art. 5:106 lid 1 BW kunnen ook de opstaller en de erfpachter hun recht op een gebouw splitsen in appartementsrechten. De wetstechnische puzzel wordt nu erg gecompliceerd: de vraag rijst of zij die een appartementsrecht hebben verkregen van deze beperkt gerechtigden, ook in staat zijn om daarop een beperkt recht te stapelen. Bij erfpacht is het gesplitste moederrecht naar geldend recht zeker geen eigendom, en dus doemen twee problemen op: ten eerste het algemene terminologisch-systematische probleem dat het gestapelde beperkte recht niet meer zou zijn aan te merken als een zakelijk recht in de zin van boek 5, en ten tweede het specifieke probleem dat zowel art. 5:118 als 5:123 uitdrukkelijk spreken van de 'appartementseigenaar'. De verkrijger van een aandeel van gesplitste erfpacht krijgt weliswaar een appartementsrecht, maar geen appartements-eigendom. Dit tweede probleem is echter opgelost doordat in art. 5:106 lid 4 BW alle gerechtigden tot een appartementsrecht worden gelijkgeschakeld met de appartementseigenaar.<sup>34</sup> Zo men dat nodig acht, kan hierin bovendien het redmiddel voor het eerste probleem worden gevonden. Van stapeling van beperkte rechten is in de hier bedoelde gevallen dus wel degelijk sprake, maar een wetstechnisch obstakel is door middel van een wettelijke begripsbepaling vermeden.

De mogelijkheid van stapeling van rechten van opstal is in de wet erkend door middel van een schakelbepaling: art. 5:104 lid 2 BW verwijst onder andere naar art. 5:93 over ondererfpacht, voor zover het moederrecht een zelfstandig recht van opstal is in de zin van art. 5:101 lid 2 BW. De rechtsgeldigheid van het recht van onderopstal staat dus buiten kijf.<sup>35</sup>

### 6.3.3 ... *niet!*

Gezien het voorgaande kan men zich afvragen of Heyman en Van Velten terecht spreken van een 'stapelverbod' of een 'anti-stapelbeginsel' in boek 5, waarop door middel van bijzondere stapelingsbepalingen uitzonderingen zijn gemaakt. Geconstateerd is dat de enige 'echte' stapelingsbepaling

---

34 Wanneer het in appartementsrechten gesplitste recht een recht van opstal is, kan dezelfde gelijkenschakeling wellicht worden gemaakt op basis van de bijzondere duale aard van het recht van opstal, dat de opstaller niet alleen bevoegdheden als beperkt gerechtigde geeft maar ook een vorm van eigendom van de opstal.

35 De wetgever heeft de behoefte van de praktijk aan de figuur van een recht van 'onderopstal' geïllustreerd met het voorbeeld van een projectontwikkelaar die zelf een recht van opstal op een hoeveelheid grond heeft en vervolgens delen daarvan aan anderen uitgeeft, die daarop dan krachtens eigen recht kunnen bouwen zonder dat de ontwikkelaar zijn recht ten aanzien van de grond verliest. Zie MvT Inv. (d.d. 2 september 1982), PG Inv. 5, p. 1084.

de vestiging van een recht van ondererfpacht betreft, waarbij voor onderopstal jaren later klakkeloos aansluiting is gezocht. Ook art. 5:106 lid 4 BW vormt een 'echte' stapelingsbepaling. In het algemeen is niet evident dat deze en andere stapelingsbepalingen moeten worden opgevat als uitzonderingsbepalingen en daarmee als een indicatie voor het bestaan van een stapelingsverbod dat in het systeem van de wet besloten ligt. De stapelingsbepalingen kunnen evenzeer worden verstaan als uitdrukkingen van een dogmatisch model voor de aard van beperkte rechten, dat stapeling in beginsel *wel* mogelijk maakt.

Gedoeld wordt op het dogmatische model dat door Meijers in 1910 is verwoord in een bespreking van recente literatuur.<sup>36</sup> De bespreking betrof een artikel in Themis van J. van Kuyk, dat onder meer de vraag besprak of ook eigendom van 'onlichamelijke zaken' - lees: vorderingsrechten - diende te worden erkend. Meijers beschreef daarbij hoe het begrip 'onlichamelijke zaak' is ontstaan:

*"Waar men de rechtsfiguren pandrecht op een lichamelijke zaak en pandrecht op het vruchtgebruik van een lichamelijke zaak naast elkaar zag, daar nam men niet een verschil in relatie tot het zelfde object, maar een gelijke relatie bij een verschil in object aan, in het eene geval was het object van het pandrecht de lichamelijke zaak, in het andere geval een onlichamelijke zaak, het recht van vruchtgebruik. En eenmaal het vruchtgebruik als onlichamelijke zaak naast de lichamelijke zaken aangemerkt, erkende men daarop natuurlijk ook dezelfde zakelijke rechten als op lichamelijke zaken, in de eerste plaats den eigendom"*

Meijers stelt dan dat men het begrip 'onlichamelijke zaak' maar het beste kon laten varen.

Hij introduceerde vervolgens twee wijzen waarop vermogensrechten kunnen worden ingedeeld, ten eerste een onderscheiding naar het type object, en ten tweede een onderscheiding naar 'de machtsbetrekking die er tusschen het subject en het object van het vermogensrecht bestaat'. In deze benadering wordt elk vermogensrecht gezien als de rechtsbetrekking tussen een subject en een object. Sommige vermogensrechten hebben alleen roerende zaken of onroerende zaken tot object, andere ook vorderingsrechten en intellectuele eigendomsrechten. Dit object wijzigt niet wanneer een beperkt recht wordt gevestigd; alleen de machtsverhoudingen tot het object wijzigen doordat naast de 'volledige rechtsbetrekking'

36 E.M. Meijers, WPNR 2104 (1910), p. 205-206. Vgl. J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp BW in verband met de beperkte conceptie van het begrip 'zakelijk recht', RM Themis 1961, p. 87, en door W.M. Kleijn en M.M. Olthof, Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek, WPNR 5561 (1981), § III. Zie over de recensie van Meijers uitvoerig Th.F. de Jong, De Structuur van het Goederenrecht, diss. Groningen, 2006, § 6, m.n. nr. 47 e.v.

ook één of meer 'beperkte rechtsbetrekkingen' tot datzelfde object ontstaan:

"Bij een recht van pand of hypotheek van dat vruchtgebruik heeft men niet een recht op een recht, ook niet een verandering van object, maar alleen een wederom gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde object "

Meijers besluit zijn bespreking met een concluderende alinea die de aanzet en de verklaring vormt voor de verdeling van de goederenrechtelijke rechten over de boeken 3 en 5: in boek 3 de rechten van pand en vruchtgebruik, aangezien deze beperkte rechten niet alleen zaken maar ook vorderingsrechten tot object kunnen hebben, en in boek 5 alle rechten die alleen zaken tot object kunnen hebben.

De analyse van Meijers levert een dogmatisch model voor de aard van beperkte rechten op. Daarin is elk beperkt recht een 'machtsverhouding', een bevoegdheid, met betrekking tot het object van het meest omvattende moederrecht. Dit geldt ook wanneer beperkte rechten worden gestapeld. Bijvoorbeeld een hypotheekrecht van het vruchtgebruik van een onroerende zaak is in deze benadering een rechtsbetrekking tot die onroerende zaak zelf.

Cruciaal in het kader van de stapelingsproblematiek is de consequentie dat in de benadering van Meijers ook een vruchtgebruik van de erfpacht van een zaak een 'zakelijk recht' is, omdat het vruchtgebruik een rechtsbetrekking tussen de vruchtgebruiker en de onroerende zaak zelf creëert. Daar waar in het Ontwerp Meijers de term 'zakelijk recht' voorkwam, is derhalve steeds bedoeld op volledige en beperkte rechten met betrekking tot een zaak. Men kan zeggen dat met de term 'beperkt zakelijk recht' is bedoeld op elk beperkt recht dat *direct of indirect* een zaak tot object heeft, ook al doet men hiermee niet volledig recht aan de conceptuele visie van Meijers dat ook het gestapelde beperkte recht een rechtstreekse rechtsbetrekking tot die zaak is.<sup>37</sup> Als vervolgens de vraag beantwoord moet worden of een vruchtgebruiker zijn recht kan bezwaren met een recht van erfpacht, of de vraag of een erfpachter zijn recht kan bezwaren met een op-

37 Geheel in de lijn van Meijers en door hem geïnspireerd stelt De Jong, a w , diss., 2006, o a nrs. 54, 176, 201 en 206, dat beperkte rechten "zelfstandige rechten van toebehoren naast eigendom" zijn. Zie ook § 20, nr. 174. "De verhoudingen die ontstaan door de vestiging van beperkte rechten zou ik willen aanduiden als het *gedifferentieerd toebehoren van hetzelfde voorwerp*. Kenmerkend voor het gedifferentieerd toebehoren is dat de verhouding tussen een eigenaar en een zakelijk gerechtigde altijd het afgeleide is van hun beider relatie tot de zaak." De Jong stelt in nr. 177 overigens ook dat Meijers niet consequent was, aangezien Meijers tegelijkertijd ook terugviel op het stapelingsbeeld en het daarmee verband houdende afsplitsingsmodel

stalrecht, dan biedt het gegeven dat de wet de rechten van erfpacht en opstal aanduidt als 'zakelijke rechten' geen grond voor een negatief antwoord. De conclusie is dan in het algemeen dat de zakelijke genotsrechten uit boek 5 in beginsel kunnen worden gestapeld op andere beperkte rechten.

Echter, van het model van Meijers is in 1982 uitdrukkelijk afstand genomen door Hartkamp. Hij stelt dat de opvatting van Meijers,

"die de constructie van rechten op rechten niet aanvaardt, maar wil spreken van een gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde object (...) evenwel zeker niet ongewijzigd aan het ontwerp ten grondslag is gelegd. Wel kan men zeggen dat een zaak mede aan het voormelde recht van hypotheek of vruchtgebruik 'is onderworpen' (vgl. bijvoorbeeld art. 3:266 en 208 lid 2), maar dit neemt niet weg dat het recht in het voormelde voorbeeld op het erfpachtrecht is gevestigd (vgl. art. 3:227 (...)) en derhalve niet als een zakelijk recht, noch als een op de zaak gevestigd beperkt recht kan worden betiteld."<sup>38</sup>

Hartkamp vermeldt vervolgens wel dat voor ondererfpacht een bijzondere bepaling is toegevoegd in art. 5:93 BW, maar stelt niet uitdrukkelijk dat

---

38 A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-1, 1<sup>e</sup> druk 1982, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24. Hartkamp verwijst naar J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp BW in verband met de beperkte conceptie van het begrip 'zakelijk recht', RM Themis 1961, p. 87-88. Op p. 86 stelt Wery slechts in verband met het vereenzelvigingsprincipe dat rechten op beperkte zakelijke rechten niet rusten op de zaak zelf en dus rechten op rechten zijn. Wery zegt niet uitdrukkelijk dat dergelijke rechten op rechten niet kunnen worden aangemerkt als 'zakelijke rechten' - vgl. ook p. 91 in het kader van een de vraag of een pandrecht of een vruchtgebruik op een aandeel aan toonder kan worden aangemerkt als een zakelijk recht - en evenmin dat stapeling van boek 5 rechten op andere beperkte rechten niet mogelijk is. Hartkamp verwijst verder naar de TM bij afd. 3.1.1, PG 3, p. 61-62, maar daar staat niets over beperkte rechten op andere beperkte rechten en moet de wel vermelde term 'zakelijk recht' in mijn analyse juist ruim worden verstaan, als mede omvattende rechten die indirect op een zaak rusten. Dit laatste punt ondergraaft ook de verwijzing van Hartkamp naar de algemene opmerkingen over boek 5, TM, PG, 5, p. 2-3. Tenslotte verwijst Hartkamp, die destijds raadadviseur van de stafafdeling wetgeving NBW was, ook naar MvT bij art. 8 lid 1 sub a Kadasterwet (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 93, waar inderdaad uitdrukkelijk is gesteld dat de term 'zakelijke rechten' in het nieuwe BW is beperkt tot rechten die zelf rechtstreeks op een zaak rusten: "Aandacht verdient daarbij dat onder rechten waaraan bijv. een onroerende zaak 'onderworpen' is, niet alleen vallen beperkte rechten op die zaken, als bedoeld in art. 3:8 nieuw B.W., maar ook beperkte rechten op zodanige rechten, een aandeel in een zodanige zaak (waaronder ook een appartementsrecht), een beperkt recht op een zodanig aandeel etc. Deze omschrijving omvat derhalve - kort samengevat - alle rechten die men naar huidig recht als 'zakelijke rechten' pleegt aan te duiden, maar in het nieuwe Burgerlijk Wetboek ten dele buiten die term zijn komen te vallen, omdat deze term daar is beperkt tot rechten die zelf rechtstreeks op een 'zaak', als bedoeld in art. 3:1, rusten."

de zakelijke rechten uit boek 5 niet op andere beperkte zakelijke rechten kunnen worden gestapeld.

Sindsdien is de visie van Hartkamp in de literatuur alom terug te vinden in de stelling dat een gestapeld beperkt recht rust op een ander beperkt recht en in de stelling dat gestapelde beperkte rechten per definitie geen zakelijke rechten kunnen zijn.<sup>39</sup> Deze laatste stelling volgt echter niet noodzakelijkerwijs uit het stapelingsmodel. Mocht men willen vasthouden aan het standpunt dat het gestapelde beperkte recht rust op een ander beperkt recht en dus dat andere beperkte recht tot object heeft<sup>40</sup>, dan nog is de nuance denkbaar dat ook het gestapelde recht bevoegdheden ten aanzien van de 'onderliggende' zaak of vordering verschaft. De door Hartkamp vermelde bepalingen in art. 3:266 en 208 lid 2 BW bieden hiervoor de ruimte. Elk beperkt recht heeft zo gezien een duale aard: in deze gedachtegang is het weliswaar het 'meer omvattende beperkte recht' dat wordt bezwaard met het daaruit afgesplitste gestapelde beperkte recht, maar de daaruit voortvloeiende bevoegdheden betreffen de onroerende zaak zelf. Van deze dubbele natuur is overigens niet slechts bij een gestapeld beperkt zakelijk recht sprake; ook een beperkt zakelijk recht dat wel direct is afgesplitst uit het meest omvattende eigendomsrecht, is enerzijds een bezwaring van het eigendomsrecht, maar creëert anderzijds bevoegdheden met betrekking tot de zaak zelf.<sup>41</sup>

Al met al zie ik geen noodzaak om de wettelijke term 'zakelijk recht' in het opschrift van boek 5 en in de definitiebepalingen van erfpacht en op-

---

39 Zie m n Mijnsen in Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr 9 "Wanneer een beperkt recht rust op eigendom is sprake van een beperkt recht. Wordt een dergelijk recht zelf weer met een beperkt recht belast, dan rust dit laatste recht niet meer op een zaak maar op een vermogensrecht. Het kan daarom, hoezeer het een absoluut recht is, niet meer een zakelijk recht worden genoemd." Zie verder o a A J H Pleysier, Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijk wetboek, WPNR 5651 (1983), sub 14-16, A A. van Velten jr, Opstal en onderopstal, WPNR 6616 (2005) op p. 284 l k

40 J C van der Steur, Grenzen van rechtsoBJECTEN, diss. Leiden, 2003, § 2.1.8 en 10, stelt dat beperkte rechten nooit directe heerschappij over een object geven, maar altijd een meeromvattend vermogensrecht tot object hebben

41 In vergelijkbare zin reeds Wery, a w., RM Themis 1961, p. 87-88, volgend op een bespreking van de theorie van Meijers uit 1910 "Indien men twee subjectieve rechten kenschetst als verschillende machtsverhoudingen met betrekking tot hetzelfde object, drukt men ondubbelzinnig uit, dat die rechten een bepaald object gemeen hebben. Voor het beperkte recht, het dochterrecht, is dit evenwel niet het enige object, het rust in de eerste plaats op het meer omvattend recht, aldus ook het ontwerp. Dit object is als het ware het tussenstation, waarlangs het zijn eindobject bereikt." Op p. 91, in het kader van een de vraag of een pandrecht of een vruchtgebruik op een aandeel aan toonder kan worden aangemerkt als een zakelijk recht, laat Wery de term 'dualisme' vallen. Zie ook Th. de Jong, diss. 2006, nrs 15 en 16, met verwijzing naar Beekhuis en Suijling

stal in art. 5:85 en 101 BW zo beperkt uit te leggen dat deze beperkte zakelijke rechten alleen *direct* op - het eigendomsrecht op - een onroerende zaak kunnen rusten; noch de tekst van enige wettelijke bepaling noch de parlementaire geschiedenis dwingen tot een beperkte uitleg. Integendeel, de maatschappelijke behoefte aan stapeling van deze beperkte genotsrechten uit boek 5 op andere genotsrechten biedt goede reden om van het ruimere begrip 'zakelijk recht' van Meijers uit te gaan, namelijk mede omvattende beperkte rechten die *indirect* rusten op een onroerende zaak.<sup>42</sup>

Last but not least moet in het kader van de stapelingsproblematiek worden geconstateerd dat het algemene uitgangspunt van het vermogensrecht voor de vestiging van beperkte rechten is te vinden in de artikelen 3:8, 81 lid 2 en 98 BW: stapeling van beperkte rechten is in beginsel mogelijk, voor zover het gestapelde beperkte recht de grenzen van het moederrecht niet te buiten gaat. Waar de tekst en het systeem van de wet en het daaraan ten grondslag liggende dogmatische model zo duidelijk zijn, kan de thans breed in de doctrine gedeelde, beperkte uitleg van de term 'zakelijk recht' geen grondslag bieden voor het vermeende bestaan van een nergens in de wet of in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geformuleerd stapelingsverbod. Een dergelijk verbod bestaat eenvoudigweg niet.<sup>43</sup>

---

42 Men zou zich bij deze benadering nog kunnen afvragen of de plaats van het hypotheekrecht in boek 3 juist is, gezien het feit dat het hypotheekrecht indirect steeds op een onroerende zaak rust. Het hypotheekrecht is dus een zakelijk recht in ruime zin. Rechtshistorisch is de plaatsing in boek 3 verklaarbaar vanuit het voornemen van Meijers om het zekerheidsrecht op een octrooirecht te gieten in de vorm van een hypotheekrecht. Nu kan de plaats van het hypotheekrecht in boek 3 worden gerechtvaardigd met de verwantschap met het pandrecht, het retentierecht en de voorrechten, alle verhaalsrechten zijn nu bij elkaar te vinden.

43 Overigens meen ik verder met De Jong dat vastgehouden moet worden aan de visie van Meijers dat niet alleen het eigendomsrecht als het volledige recht met betrekking tot een zaak maar ook de beperkte zakelijke rechten bevoegdheden met betrekking tot die zaak zelf geven. Naar mijn mening geldt dit ook voor alle andere goederenrechtelijke rechten, zowel volledige als beperkte, met betrekking tot andere typen rechtsobjecten. Volledige en beperkte rechten vormen dus evenzeer en gelijk varianten van 'toebehoren', dat wil zeggen: gerechtigd zijn tot een goed. Zie ook § 2.5.1.6. Anders dan De Jong acht ik het niet bezwaarlijk dat tegelijkertijd - eveneens met Meijers - wordt vastgehouden aan het afsplitsingsmodel en het stapelingsbeeld, waarin de vestiging van een beperkt recht wordt gekarakteriseerd als een vorm van afsplitsing en bezwaring. Het afsplitsingsmodel betreft immers een heel andere rechtsvraag, namelijk de grenzen aan de verschaffing van bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde ten tijde van de vestiging van een beperkt recht.

#### 6.3.4 Stapeling en het opstalrecht

Vanuit dit perspectief kan een deel van de stapelingslacunes worden gevuld. Heyman stelt dat betwijfeld kan worden of kruislingse stapeling van erfpacht en opstal mogelijk is. De wettelijke schakelbepaling in art. 5:104 BW vermeldt deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk. Dit lijkt mij geen bezwaar, althans niet voor zover het gaat om uitgifte van een opstalrecht in erfpacht.

Het spiegelbeeldige geval, vestiging van een opstalrecht door de erfpachter, vormt wel enigszins een probleem. De vraag of bijvoorbeeld een erfpachter in staat is om een opstalrecht te vestigen, is voor de praktijk van groot belang, vooral in gemeenten waar het vast beleid is grond alleen in erfpacht uit te geven. Ook voor deze, niet in de wet voorziene vorm van kruislingse stapeling van beperkte rechten speelt het systematisch-terminologische probleem dat boek 5 alleen zakelijke rechten betreft, maar dit argument is hierboven ontkracht.

Van veel groter gewicht is het andere obstakel: het adagium *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Het recht van erfpacht geeft de erfpachter verregaande bevoegdheden tot gebruik van een onroerende zaak, maar geen eigendom. Het recht van opstal daarentegen verschaft de opstaller wel een eigendomsrecht op de gebouwen, werken en beplantingen op de onroerende zaak waarop zijn opstalrecht rust. Het opstalrecht is zo gezien een meer omvattend recht dat niet uit het minder omvattend recht van erfpacht kan worden afgesplitst. Het afsplitsingsmodel dat ten grondslag ligt aan zowel de begripsomschrijving van een beperkt recht in art. 3:8 BW, als aan de vestigingsbepalingen in art. 3:81 lid 1 en de schakelbepaling in art. 3:98, heeft twee aspecten. Enerzijds vloeit er de mogelijkheid om beperkte rechten te stapelen uit voort; anderzijds volgt er logischerwijs uit dat een rechthebbende niet meer kan overdragen dan hij zelf heeft. Voor de vestiging van een beperkt recht betekent dit dat een beperkt gerechtigde alleen de bevoegdheden geheel of ten dele kan overdragen die hij zelf heeft. In art. 3:81 lid 1, eerste zin, wordt immers uitdrukkelijk vermeld dat minder omvattend rechten uit een meeromvattend recht kunnen worden afgeleid slechts 'binnen de grenzen van dat recht'.

De 'stapeling in juridische zin' van een recht van opstal op een recht van erfpacht stuit af op het *nemo plus*-beginsel.<sup>44</sup> Hetzelfde geldt voor de vestiging van een recht van opstal door een vruchtgebruiker van een

---

44 In deze zin A.A. van Velten, voor zover het gaat om de vestiging van een opstalrecht op een in appartementsrechten gesplitst recht van erfpacht, NTBR 2000/4, p. 169.

onroerende zaak.<sup>45</sup> Het probleem zit in wezen niet in het wettelijk uitgangspunt omtrent stapeling, maar in de gangbare karakterisering van het recht van opstal. Dit beperkt zakelijk recht op een onroerende zaak verschaft krachtens art. 5:101 BW niet alleen bevoegdheden ten aanzien van die zaak, maar ook het recht om daarop gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben. Het is daarmee een zeer veel omvattend genotsrecht geworden, dat bezwaarlijk afgesplitst kan worden uit een minder omvattend recht zoals erfpacht.<sup>46</sup>

Voor de oplossing van dit probleem zijn twee benaderingen denkbaar. De eerste is wijziging van de wet.<sup>47</sup> Door middel van een bijzondere stapelbepaling in titel 5.7 over erfpacht en in titel 3.8 over vruchtgebruik kan de mogelijkheid tot stapeling boven alle twijfel verheven worden.<sup>48</sup> Het systematisch-terminologische bezwaar dat geen sprake is van een zakelijk recht in de zin van boek 5 wordt hiermee weggenomen voor degenen die volharden in de andere visie op de dogmatische aard van een beperkt recht en de betekenis van de term 'zakelijk recht'. De betekenis van een dergelijke stapelbepaling zou ver strekkend zijn, aangezien het een zeldzame doorbreking van de nemo plus-regel oplevert.<sup>49</sup> De dogmatiek zal daarom trachten een dergelijk opstalrecht op erfpacht of vruchtgebruik in te passen in het systeem door herschikking en herdefiniëring van de rechtsbegrippen.

---

45 Gedoeld wordt op de mogelijkheid om het recht van vruchtgebruik zelf te bezwaren met een ander beperkt recht, zoals door art. 3:223 BW uitdrukkelijk en dwingendrechtelijk wordt bepaald. De bevoegdheid om de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken te vervreemden of bezwaren wordt geclausuleerd in art. 3:212 BW.

46 Van Velten, preadvies KNB 1995, § 1.8.6, propageert dat ook een erfpachter eigendom verkrijgt van de gebouwen en werken op in erfpacht uitgegeven grond. Een bijkomstig voordeel van deze benadering is dat het kruislingse stapelingsprobleem met opstal wordt weggenomen. Vgl. H.W. Heyman, Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in: 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysierbundel), 2005, noot 25.

47 Dat alleen door wetwijziging zekerheid kan worden geschapen, is de opvatting van o.a. H.D. Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom, diss. Leiden, 1997, nr. 192, noot 138, en Venmans, in het kader van de vraag of een appartements-eigenaar een opstalrecht kan vestigen, WPNR 6357 (1999), en preadvies KNB 1997, § 4.6.

48 Een bepaling in de trant van art. 5:93 lid 3 ten aanzien van ondererfpacht is een optie: 'De erfpachter wordt in zijn verhouding tot de opstaller als eigenaar aangemerkt.' Mutatis mutandis voor het recht van vruchtgebruik.

49 Wellicht moet ook art. 5:84 BW worden aangemerkt als een doorbreking van de nemo plus-regel. Zie Pleysier, Erfpacht en opstal, 2<sup>e</sup> druk 1995, p. 66, en Van Velten, preadvies KNB 1995, § 1.5.8.



Dit leidt vanzelf tot de tweede mogelijke benadering voor omzeiling van de nemo plus-klip<sup>50</sup> bij de vestiging van een opstalrecht door een erfpachter of een vruchtgebruiker: een herkaracterisering van het recht van opstal. Volgens Heyman is de essentie van het recht van opstal veeleer de doorbreking van verticale natrekking krachtens art. 5:20 BW, dan de verschaffing van een eigendomsrecht. Aan de term 'eigendom' in art. 5:101 lid 1 BW dient volgens Heyman dan ook een bijzondere betekenis te worden toegekend:

"Het nemo-plus-probleem kan worden uitgeschakeld als men aanvaardt dat een opstalrecht verkregen van een erfpachter alleen die eigenaarsbevoegdheden omvat - Kleyn spreekt van dominiële rechten - die in het erfpachtrecht besloten liggen en dat het opstalrecht in zijn (voort-)bestaan daarvan afhankelijk blijft."<sup>51</sup>

In een latere publicatie kwalificeert Heyman de eigendom van de opstaller als 'economische eigendom'.<sup>52</sup>

In dit perspectief is hetgeen de erfpachter ten gunste van de opstaller afsplitst, het pakket aan genotsbevoegdheden die hij zelf heeft. Dezelfde redenering zou ook gevolgd kunnen worden waar een recht van vruchtgebruik wordt bezwaard met een opstalrecht, ook al zijn de genotsbevoegdheden van de vruchtgebruiker minder makkelijk als 'dominiële rechten' aan te merken dan de bevoegdheden van de erfpachter. In deze benadering wordt het eigendomsrecht van de opstaller gecontextualiseerd: de omvang van zijn recht is afhankelijk van de omvang van het beperkte recht waaruit het opstalrecht is afgesplitst. Het opstalrecht omvat dan nooit meer dan het moederrecht. Deze benadering lijkt mij niet alleen de beste en de op de meest eenvoudige wijze te verwezenlijken aanpak, maar ook de dogmatisch minst omstreden weg, aangezien de benadering neerkomt op een goed verdedigbare herkaracterisering van het toch al enigszins eigenaardige opstalrecht.<sup>53</sup>

50 Deze beeldspraak is eerder gebruikt door J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, oratie KUB, 1980, p. 60.

51 Heyman, WPNR 6342 (1999), p. 54 l.k., met verwijzing naar W.M. Kleijn, JBN 1997, nr. 91; zie ook H.W. Heyman, *Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar*, in: *Vast en goed* (Van Veltenbundel), 2003, op p. 83-85.

52 H.W. Heyman, *Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller*, in: 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysierbundel), 2005, p. 19-31.

53 Sommige (buitenlandse) investeerders wensen geen genoegen te nemen met erfpacht, ofwel omdat deze voor hen onbekende figuur onvoldoende goederenrechtelijke duidelijkheid en zekerheid biedt, ofwel omdat bancaire wetgeving hen dwingt om investeringen in andere goederen dan (niet-gemeenschappelijke) eigendom tot een bepaald niveau te beperken. Zij insisteren daarom op gebruik van een opstalconstructie aangezien daarmee eigendom van het gebouw wordt verschaft. De hier onderschreven contextualisering van het eigendomsbegrip in het kader van

Hierbij moet voor ogen worden gehouden wat de functie van het opstalrecht is: de vestiging van een opstalrecht voorkomt natrekking ten gunste van de moedergerechtigde. Bij bezwaring van een erfpacht met opstalrecht betekent dit dat wordt voorkomen dat het opstalrecht natrekking bewerkstelligt ten gunste van de erfpachter, die daarvan weer zou kunnen profiteren vis-à-vis de erfverpachter op grond van art. 5:99 BW. Dit recht op waardevergoeding voor aangebrachte gebouwen en werken komt dan toe aan de opstaller; hierin is zijn belang bij doorbreking van de natrekking ten gunste van de erfpachter en daarmee de erfverpachter gelegen.<sup>54</sup> Legt men dus het accent op de functie van het opstalrecht, meer dan op het beweerdelijke rechtsgevolg dat aan de opstaller de 'eigendom' van de opstal wordt verschafte, dan verdwijnen de dogmatische obstakels voor de bezwaring van erfpacht met een opstalrecht, zowel het systematisch-terminologische als het principiële obstakel van de nemo plus-regel, als sneeuw voor de zon.

## 6.4 Partijautonomie: de uitgangspunten

De numerus clausus en de partijautonomie in het goederenrecht zijn twee kanten van de dezelfde medaille. Daardoor is juist in de belangrijkste passage in de Toelichting Meijers over het gesloten systeem van het goederenrecht ook in algemene termen verwoord hoeveel ruimte bestaat voor de partijautonomie bij de vestiging van beperkte rechten. Deze 'meest omvattende' passage luidt aldus:

"In de continentale rechtsstelsels vormt het Zakenrecht - anders dan het contractenrecht: artikel 1374 lid 1 B.W. - een gesloten systeem. Dat ook het ontwerp hiervan uitgaat, blijkt uit artikel [3:81], bepalende dat men alleen de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen, hetgeen dus ook voor de beperkte zakelijke rechten geldt. Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een van de in de wet geregelde zakelijke rechten. Is dit het geval, dan kunnen partijen binnen de grenzen van

---

het recht van opstal zou in de rechtspraktijk op weerstand van buitenlandse investeerders kunnen stuiten. Voor ogen moet echter worden gehouden dat in alle rechtsstelsels geclausuleerde en gecontextualiseerde eigendomsvarianten voorkomen, zoals in het bijzonder fiduciaire eigendom. Dogmatisch sluit contextualisering van het door middel van het opstalrecht verschafte eigendomsrecht overigens goed aan bij de Anglo-Amerikaanse *better title*-benadering.

54 N.m.m. heeft de opstaller in dergelijke gevallen een rechtstreekse aanspraak op de erfverpachter. Deze moet er rekening mee houden dat de beperkt gerechtigde op zijn beurt zijn beperkte recht met andere beperkte rechten bezwaart. Voor zover de beperkt gerechtigden aanspraken zoals die tot waardevergoeding op grond van art. 5:99 BW hebben, kunnen zij die rechtstreeks jegens de grootmoedergerechtigde uitoefenen.

de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht de inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties.

Vooreerst zijn er tal van punten, die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen, waarvoor de wet zelf een regeling geeft. In het Boek Zakelijke rechten nu is het systeem gekozen, dat de wettelijke bepalingen niet toelaten dat aan het zakelijk recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt. Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt (...), en tot de, overigens talrijke, gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat.<sup>55</sup>

Er bestaat dus ruimte voor de partijautonomie bij de invulling en de aanvulling van de beperkte rechten, maar alleen voor zover de wet geen dwingendrechtelijke regeling biedt. Hierbij wordt verondersteld dat sprake is van een beperkt recht; voorwaarde daarvoor is dat het door partijen gecreëerde recht valt binnen de grenzen van de wettelijke definitie van één van de in de wet geregelde typen.

Voor zover de wet inderdaad een regeling geeft van de kenmerken van een beperkt recht en de bevoegdheden en verplichtingen die daaruit voortvloeien, is van belang of deze regeling moet worden aangemerkt als dwingend recht. De wetgever heeft gekozen voor het uitgangspunt dat de wettelijke regeling in beginsel dwingend recht is, tenzij de wet zelf anders bepaalt. De mogelijkheid voor afwijking van de wet is door de wetgever steeds uitdrukkelijk aangegeven met woorden zoals: 'tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald'. Ontbreken deze woorden in een wettelijke regeling, dan wil dat in beginsel zeggen dat de betreffende bepaling dwingend de inhoud van het goederenrechtelijke recht bepaalt.<sup>56</sup> Als de wettelijke regeling dwingend is en de inhoud vastligt, kunnen partijen in beginsel toch afwijkende afspraken maken. Een contractuele aanvulling door partijen door middel van bijvoorbeeld een louter obligatoir kettingsbeding is in beginsel in ieder geval mogelijk, tenzij de wet uitdrukkelijk

55 Toelichting Meijers (25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, PG 5, p. 3. Er op volgt de later te citeren alinea waarin het voldoende verband vereiste is verwoord. Het is opvallend dat de term 'zakelijk recht' is gebruikt, aangezien deze term alleen maar ziet op rechten die betrekking hebben op een zaak. Vermoedelijk is bedoeld op alle goederenrechtelijke rechten. Het is onwaarschijnlijk dat voor een recht van vruchtgebruik van een vorderingsrecht een ander - minder restrictief - algemeen regime geldt dan voor een recht van vruchtgebruik van een zaak. De term 'goederenrechtelijk recht' was destijds nog nooit gebruikt; de term 'zakelijk recht' had destijds daarentegen een ruime strekking. De passage volgt echter direct op een korte uiteenzetting van het nieuwe zaaksbegrip onder punt 2, dus het is enigszins vreemd dat vlak daarna de term zakelijk recht in de oude zin is gebruikt.

56 TM, Algemene opmerkingen over boek 5, punt 10, PG 5, p. 4. Zie ook MvA II bij afd. 5.7.1 (erfpacht) (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 297, tweede alinea.

bepaalt of duidelijk uit de wet voortvloeit dat een dergelijke additionele contractuele regeling nietig is.<sup>57</sup> Een rechtsgeldige additionele verbintenis werkt uiteraard alleen *inter partes*; de additionele verbintenis met betrekking tot een goed schept dan in beginsel geen rechten of verplichtingen voor degenen die onder bijzondere titel het moederrecht of het beperkte recht ten aanzien van dat goed verkrijgen.

Typerend voor het nieuwe BW is dat de ruimte voor partijen om de wettelijke goederenrechtelijke rechten op eigen wijze in te vullen, over het algemeen aanzienlijk is vergroot.<sup>58</sup> Dat geldt in het bijzonder, maar niet uitsluitend, voor het recht van erfdiensbaarheid.<sup>59</sup> Deze 'verruiming' van de mogelijkheden is aanleiding geweest om te stellen dat het goederenrechtelijk stelsel is 'opengemaakt'. In een buiten-parlementaire toelichting rept W. Snijders van "het thans aanvaarde (half) gesloten stelsel van het goederenrecht".<sup>60</sup> Kortmann maakt van deze half volle fles een half lege door te

57 TM, t a p, punt 10 slot. Zie bijvoorbeeld art 3 235 BW, de *lex commissoria* ten aanzien van pand en hypotheek, art 3 263 lid 2 BW, over een hypotheek voor langdurige rentetijdvakken zonder vermelding van een maximumbedrag, art 3 268 lid 5 BW, over parate executie van een hypotheekrecht, art 4 140 BW, inzake een voorwaardelijke erfstelling na ommekomst van 30 jaar, art 5 87 lid 3 BW, betreffende opzegging van een recht van erfpacht, art. 5 98 BW, inzake het doorlopen van erfpacht na ommekomst van de termijn, art 5 100 lid 2 BW, inzake het retentierecht van een erfpachter in verband met de verschuldigde waardevergoeding na beëindiging van de erfpacht, art 5 116 lid 7 BW, betreffende erfpacht en opstal bij splitsing in appartementen

58 Aldus uitdrukkelijk de parlementaire geschiedenis zelf, o a ten aanzien van erfdiensbaarheid en opstal MvA II, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p 15 "Aan de wens van een zo groot mogelijke soepelheid bij de begrenzing van zakelijke rechten meent de ondergetekende tegemoet te zijn gekomen, mede door de in het gewijzigd ontwerp voorgestelde verruiming van de omschrijving van de rechten van erfdiensbaarheid en opstal", ten aanzien van erfpacht MvA II bij afd 5 7 1 (d d 16 oktober 1972), PG 5, p 297, ten aanzien van vruchtgebruik o a TM bij art 3 201, PG 3, p 642 "In ieder geval is het gewenst, ten einde twijfel dienaangaande te voorkomen, in de wet met zoveel woorden te bepalen, dat de bevoegdheden van de vruchtgebruiker door de insteller kunnen worden uitgebreid", en TM bij art 3 215, PG 3, p 664

59 Vgl Mijnsen in Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr 38 de rechten tot volledig genot (eigendom, erfpacht en vruchtgebruik) en de zekerheidsrechten (pand en hypotheek) zijn limitatief in de wet behandeld, terwijl de wetgever bij het beperkte genotsrecht van erfdiensbaarheid heeft volstaan "met de opsomming van een aantal algemene vereisten en binnen de aldus getrokken grenzen partijen vrijlaat een recht te vestigen, zoals het hun goeddunkt"

60 Nog een duit in de zak van de trust, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, op p 91, en reeds eerder in Verslag van de vergadering van de Vereniging "Handelsrecht" d d 27 april 1990, 1991, p 65 "Men kan spreken van een stelsel dat zich ergens tussen gesloten en open in bevindt" Vgl Sjef van Erp, A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future

spreken van "het huidige half-open karakter van het goederenrecht", het stelsel is "noch gesloten, noch geheel open".<sup>61</sup> Dergelijke formuleringen zijn overigens reeds te vinden in de parlementaire debatten in 1976 over een gesloten aantal gevallen waarin bij rechtshandeling een bewind zou kunnen worden ingesteld.<sup>62</sup>

De ruimte voor de partijautonomie mag zijn vergroot, het uitgangspunt blijft dat de regeling van de goederenrechtelijke rechten in de wet dwingend is. Men zou mogen verwachten dat de wetgever inzicht geeft in de redenen om te kiezen voor een dwingendrechtelijke regeling van de typen goederenrechtelijke rechten. In de algemene opmerkingen over Boek 5 is daarover echter niets te vinden. Pas nadat beroering was ontstaan over de schijnbaar verminderde mate van vrijheid die partijen wordt geboden bij de invulling van het recht van erfpacht, is nader ingegaan op de keuze voor dwingend recht. In de Parlementaire geschiedenis met betrekking tot erfpacht is daardoor een algemene verklaring te vinden voor de beperking van de contractsvrijheid van partijen bij de vestiging van een goederenrechtelijk recht:

'Dwingend recht dient uiteraard alleen te bestaan wanneer er algemene belangen op het spel staan die dit rechtvaardigen.'<sup>63</sup>

Vervolgens wordt het dwingendrechtelijke karakter van verschillende regels omtrent erfpacht verklaard ten eerste uit de omstandigheid dat belangen van derden in het geding zijn, ten tweede uit het streven naar grotere rechtszekerheid, en ten derde uit de behoefte om bij standaardbedingen een zekere bescherming te verlenen aan degenen die bij het bepalen van de inhoud van het standaardcontract geen invloed hebben kunnen uitoefenen. Deze inhoudelijke rechtvaardiging levert ten vierde ook een afgeleid argument voor het gebruik van dwingend recht op: met dwingend

---

European property law?, in: Het plezier van de rechtsvergelijking (Hondiusbundel), 2003, p. 39-52.

61 S C J J Kortmann, Past "de trust" in het Nederlandse recht?, in: Vertrouwd met de trust, 1996, op p. 181. Kortmann komt tot deze conclusie met het oog mede op de wettelijke toekenning van goederenrechtelijk effect aan verbintenissenrechtelijke figuren zoals (privaat) lastgeving (waarover nader § 7.8.3.3) en de kwalitatieve rechten en verbintenissen, en de mogelijkheid van overdracht onder voorwaarde (waarover nader § 7.6.2). Kortmann heeft met de term 'openheid' vooral de vergrote flexibiliteit van het goederenrecht tot uitdrukking te willen brengen (*de auditu*).

62 MO bij titel 3.6 (d.d. 8 september 1976), PG 3, p. 471, reeds geciteerd in § 2.2.3.

63 MvA II bij afd. 5.7.1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 297 en 298. De opzeggingsregeling in art. 5.87 BW en haar dwingende karakter zijn onderwerp geweest van debat ten tijde van de vaststelling van de Invoeringswet, zie PG Inv. 5, p. 1057-1071. Zie over dwingend recht verder § 9.4.1.4.

recht moet voorkomen worden dat ander dwingend recht wordt omzeild door keuze van een andere rechtsfiguur.<sup>64</sup>

Deze verklaring voor het dwingende karakter van sommige rechtsregels biedt overigens geen aanknopingspunt voor vergroting van de ruimte voor de partijautonomie in het goederenrecht. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk gekozen voor het uitgangspunt dat de regeling van de beperkte rechten dwingend is, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt. Het is in deze benadering dus niet aan de rechter om een oordeel te geven over het dwingendrechtelijke karakter van enige regeling van de inhoud van de goederenrechtelijke rechten, behalve waar vastgesteld moet worden of de wetgever heeft willen afwijken van het uitgangspunt van dwingend recht. Logischerwijs geldt hetzelfde voor de wettelijke regeling van de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies. Toch is de verklaring voor het gebruik van dwingend recht nuttig voor de dogmatische analyse van het goederenrecht.

Dwingend zijn ongetwijfeld ook de algemene beperkingen op de invulningsvrijheid voor partijen die door de wetgever zijn geformuleerd of uit het systeem van de wet voortvloeien. Naast de uitdrukkelijke voorschriften in de verschillende wettelijke bepalingen zelf, zijn in de parlementaire geschiedenis en in de Nederlandse doctrine nadere richtlijnen ontwikkeld voor de invulling die door partijen aan goederenrechtelijke rechten kan worden gegeven.

## 6.5 Het voldoende verbandvereiste

### 6.5.1 *De parlementaire geschiedenis en de wet*

Het uitgangspunt dat in de Algemene opmerkingen over boek 5 in de Toelichting Meijers is verwoord, is dus dat partijen de vrijheid hebben om de inhoud van de beperkte rechten te regelen, indien de wet zich op het betreffende punt van een regeling onthoudt. Daarbij is wel uitdrukkelijk een algemene restrictie geformuleerd:

"Indien men bevoegdheden en verplichtingen welke de wet niet regelt, tot inhoud van het goederenrechtelijke recht wil maken, moeten deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke

64 Zie MvA II bij titel 5.8 (opstal), PG 5, p. 357: "Met de opvatting dat partijen binnen de kring van artikel 5:101 geheel zouden moeten worden vrijgelaten, kan de ondergetekende zich niet verenigen. Indien een dergelijke vrijheid inderdaad zou bestaan, zou het maar al te gemakkelijk gemaakt worden de dwingend rechtelijke artikelen over erfpacht die nog over zijn gebleven, te ontgaan door in plaats van een recht van erfpacht een recht van opstal te bedingen."

behandeling gerechtvaardigd is. (...) In twijfelgevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding voldoende verband met het betreffende zakelijke recht heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren."<sup>65</sup>

Deze passage verwoordt in algemene zin wat kan worden genoemd het 'voldoende verbandvereiste' voor de aanvulling van goederenrechtelijke rechten door partijen, binnen de marges die hen door de wettelijke regeling wordt geboden.<sup>66</sup>

Taalkundig is niet heel duidelijk wat in de geciteerde passage precies is bedoeld, want de beoogde aanvullende bevoegdheden en verplichtingen worden op één lijn gezet met het aan te vullen goederenrechtelijke recht zelf. Waarschijnlijk is het de bedoeling dat getoetst wordt of het gerechtvaardigd is dat de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen gelijk worden behandeld als de bevoegdheden en verplichtingen die wel in de wet zijn geregeld voor dat type goederenrechtelijk recht. Met de 'behandeling' die de bevoegdheden en verplichtingen uit het goederenrechtelijke recht krijgen, wordt dan waarschijnlijk bedoeld op de tegenwerpelijke aan derden zoals rechtsverkrijgers onder bijzondere titel, beslagleggers en faillissementscuratoren, en op al het overige dat kenmerkend is voor goederenrechtelijke rechten.

Het criterium is dan of het gerechtvaardigd is dat de door partijen beoogde aanvullende bevoegdheden en verplichtingen evenzeer tegenwerpelijk zijn aan derden als de bevoegdheden en verplichtingen die op grond van de wet voortvloeien uit het betreffende type goederenrechtelijke recht. Derdenwerking in deze zin betekent dat de bevoegdheden en verplichtingen blijven voortbestaan als het subject wisselt; ze 'overleven' de persoon van de partij die de bevoegdheid of de verplichting is overeengekomen, en binden vervolgens de persoon die de verkrijger is van het goed waarop die bevoegdheid of verplichting betrekking heeft.

Uit de passage in de Toelichting Meijers volgt dat het pakket aan bevoegdheden en verplichtingen dat op basis van de wet voortvloeit uit een bepaald type goederenrechtelijk recht een grote rol speelt. De door partijen aanvullend overeengekomen bevoegdheden en verplichtingen moeten immers worden gespiegeld aan het wettelijke regime, om te beoordelen

---

65 TM, Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, derde alinea, PG 5, p. 3; de weggelaten zinnen worden later geciteerd.

66 Zie vooral E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden, 1992, § 6.3.4; A.A. van Velten, *Erfpacht*, preadvies KNB 1995, § 1.4.4, en 2003, § 12.8; Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 217; H.W. Heyman, *Contents of the Real Right: Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 71-81.

of gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Het wettelijke 'standaardpakket' vormt de norm. Enigszins lastig zal deze toets wel zijn, want de restrictie betreft volgens de Toelichting Meijers nu juist de vrijheid om afspraken te maken over bevoegdheden en verplichtingen waarvoor de wet geen regeling geeft. Waarschijnlijk is het de bedoeling geweest dat het voldoende verbandvereiste ook toepasselijk is wanneer de wet wel een regeling geeft, maar een afwijking door partijen toelaat.

Vermoedelijk mag bij de toetsing of gelijke behandeling gerechtvaardigd is, een grote rol spelen welke functie in het maatschappelijk verkeer wordt toegedacht aan het betreffende type goederenrechtelijke recht, hoewel de parlementaire geschiedenis niet uitdrukkelijk aangeeft dat mag worden aangeknoopt bij de maatschappelijke functie van dat type goederenrechtelijk recht. Het zal in veel gevallen juist de maatschappelijke functie van een bepaald goederenrechtelijk recht zijn, die aan de rechter een aanknopingspunt biedt voor de toetsing of aan de aanvullend door partijen geregelde bevoegdheden en verplichtingen derdenwerking mag toe-komen door ze onderdeel te laten worden van dat goederenrechtelijke recht.

Een algemene beschouwing ter verdere concretisering van het criterium is in de Parlementaire geschiedenis niet te vinden; alleen in de specifieke kaders van de verschillende goederenrechtelijke rechten zijn opsommingen gegeven van bedingen die naar de inschatting van de wetgever al dan niet tot de inhoud van deze goederenrechtelijke rechten gerekend zouden kunnen worden.

Bijvoorbeeld ten aanzien van het recht van erfpacht was vermeld dat bijvoorbeeld een verplichting om te ontginnen of te bouwen, voor zover die verplichting 'rechtstreeks verband' houdt met het genot en het onderhoud van de in erfpacht uitgegeven onroerende zaak, aan de erfpachter kan worden opgelegd door ze via de akte van vestiging op te nemen in de inhoud van het zakelijk recht.<sup>67</sup> In het al vaak vermelde preadvies over erfpacht uit 1957 van de Rotterdamse notaris Treurniet werd gesteld dat er een aanscherping in besloten leek te liggen.<sup>68</sup> Naar aanleiding van vragen hierover van de Kamercommissie is vervolgens in de Memorie van antwoord toegelicht dat geen wijziging in het toen geldende recht was beoogd; doorslaggevend blijft het in de Toelichting Meijers gestelde criterium dat er een 'voldoende verband' bestaat tussen de additionele bevoegdheden en verplichtingen en het zakelijke recht, zodat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Voor het recht van erfpacht betekent dit

---

67 TM bij art. 5 96, PG 5, p 321

68 Zie de volgende paragraaf ten aanzien van art 782 Oud BW



volgens de wetgever dat verplichtingen voor de erfpachter tot het betalen van een boete of tot het verdelgen van ratten, en bedingen tot het niet afstand kunnen doen of kunnen opzeggen van het erfpachtsrecht "in de regel" zodanig verband met het recht van erfpacht zullen vertonen dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is, evenals bedingen omtrent het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheid tot het wegemen van verplicht aangebrachte gebouwen en bedingen waarin een bepaald gebruik van de grond wordt voorgeschreven<sup>69</sup>

Een vergelijkbare benadering is ook te vinden in de parlementaire toelichtingen ten aanzien van het recht van opstal. In de hierboven geciteerde algemene passage waarin het voldoende verband vereiste is geformuleerd, is als voorbeeld vermeld dat de grondeigenaar en de opstaller wel een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen tot inhoud van het opstalrecht kunnen maken, maar niet een regeling van de draagplicht ten aanzien van bijvoorbeeld de inkomstenbelasting of alimentatiegelden die door een van hun verschuldigd is.<sup>70</sup> Later is daaraan toegevoegd dat bij de vestiging van een opstalrecht op een onroerende zaak aan de opstaller bevoegdheden ten aanzien van deze zaak worden toegekend die voor het genot van zijn recht wellicht niet "nodig" zijn, doch waaraan hij wel behoefte heeft. De wetgever vermeldt daarbij bijvoorbeeld een recht tot het trekken van de natuurlijke vruchten van het terrein waarop een opstalrecht betreffende een zomerhuis rust.<sup>71</sup>

In de wet is nog op een andere plaats een criterium te vinden dat sterke gelijkenis vertoont met het voldoende verband vereiste.<sup>72</sup> Art. 7:226 BW hercodificeert de oud-vaderlandse rechtsregel 'koop breekt geen huur'. In lid 3 is bepaald dat de verkrijger van de verhuurde zaak slechts wordt ge-

---

69 MvA II bijafd. 5:71 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 297. Op basis van kennelijk deze passage stelt A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.8, p. 435 (noot 46), dat het nogal enge criterium, dat sprake is van een zodanig verband dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is, naar aanleiding van weerstand in de literatuur, waarvoor Van Velten verwijst naar Treurniet, later werd afgezwakt tot voldoende verband. De termen voldoende verband komen echter rechtstreeks uit de TM, zoals blijkt uit het hierboven gegeven citaat.

70 TM, Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, derde alinea, PG 5, p. 3.

71 MvA II bij art. 5:103 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 361.

72 In art. 6:251 lid 1 BW wordt een kwalitatief recht gedefinieerd als een uit een overeenkomst voortvloeiend, voor overgang vatbaar recht dat in zodanig verband staat met een aan de schuldeiser toebehorend goed, dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het goed behoudt. Het accent ligt hier op het belang voor de schuldeiser. Daarom is dit criterium minder goed vergelijkbaar met het voldoende verband vereiste. Zie voor een toepassing van het criterium Rb. Dordrecht 20 maart en 9 oktober 2002, NJ 2003, 69.

bonden 'door die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie'.<sup>73</sup> De verplichtingen van de verhuurder en van de huurder zijn uitvoerig geregeld in de daaraan voorafgaande afdelingen, maar deze bieden ook ruimte voor afwijkende en aanvullende bedingen. In het licht van het goederenrecht zijn vooral eventuele aanvullende verplichtingen van de verhuurder van belang, aangezien de verkrijger van de verhuurde zaak daaraan gebonden raakt.

Een dergelijk aanvullend beding in een huurovereenkomst vertoont grote gelijkenis met een kwalitatieve verplichting met betrekking tot een registergoed zoals geregeld in art. 6:252 BW. Een dergelijke kwalitatieve verplichting is weer sterk vergelijkbaar met de verplichting van degene die een recht van erfdienstbaarheid heeft gevestigd. Omdat de overgang van de plichten van de verhuurder op het grensvlak tussen contractenrecht en goederenrecht zit en het gaat om tegenwerpelijke van bevoegdheden en verplichtingen aan derden, is kruisbestuiving van de criteria wellicht opportuun. Dit zou kunnen betekenen dat in beginsel alleen aanvullende verplichtingen die de verhuurder verplichten tot een dulden of niet-doen op grond van art. 7:226 lid 3 BW van rechtswege overgaan op de rechtsverkrijger van de verhuurde zaak. Hiermee is niet gezegd dat de te hanteren criteria identiek moeten zijn, juist de bijzondere context van de huurovereenkomst, waar ruime bescherming wordt geboden aan een huurder, kan ertoe nopen om de nieuwe rechthebbende van de verhuurde zaak ook gebonden te achten aan verder gaande verplichtingen die de oorspronkelijke verhuurder ten behoeve van de huurder heeft aanvaard, ook wanneer daartegen vanuit goederenrechtelijk oogpunt grote bezwaren bestaan.

Het criterium in art. 7:226 lid 3 BW kan ook van belang zijn voor de invulling van het voldoende verbandvereiste voor de afbakening van de inhoud van goederenrechtelijke rechten.<sup>74</sup> Strikt genomen zijn er geen wets-

73 Zie over dit criterium HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 544 (landgoed Queekhoven), waarin is beslist dat niet alleen de inhoud van het beding, maar ook de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Het ging in c om het aan de huurder van een tuinhuis toegekende recht om op een tot een landgoed behorend eilandje kippen en twee schapen te houden. De nieuwe eigenaar van het landgoed eiste verwijdering van de dieren, maar werd gehouden geacht het recht om dieren te houden te respecteren aangezien het in dit geval deel uitmaakte van de huurovereenkomst. Vgl. ook nog Gem. Hof Nederlandse Antillen 27 september 2002, NJ 2004, 92, dat voor een timeshare in de vorm van een huurovereenkomst oordeelde dat een rental-poolbeding geen onmiddellijk verband hield met de huur.

74 Vgl. R. Zwitser, Rond art. 1376 BW overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden, 1984, p. 149. Het is mijns inziens de eigendomsbevoegdheid, het hebben van genot van het gehuurde, dat de zakelijke werking van het huurrecht

systematische redenen om bij de toepassing van het voldoende verbandvereiste precies dezelfde criteria te hanteren, want de aard van goederenrechtelijke rechten is niet in het geding bij overgang van een huurverhouding en overigens ook niet bij een kwalitatieve verbintenis: de verplichting van een verhuurder maakt deel uit van de - weliswaar van rechtswege overgegangene, maar toch in essentie - contractuele verhouding met de huurder, en ook een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW gaat in het systeem van de wet niet behoren tot de inhoud van het goederenrechtelijke recht van degene die tevens kwalitatief schuldenaar is. De maatschappelijke consequentie is echter in alle gevallen dat een derde van rechtswege gebonden raakt aan verplichtingen die niet door hemzelf zijn aangegaan. Daarom dient de samenhang met het voldoende verbandvereiste in het achterhoofd te worden gehouden.

### *6.5.2 De Hoge Raad*

Het voldoende verbandvereiste is ruim vier jaar na de memorie van antwoord in de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de orde gekomen. Het betreft een arrest van de belastingkamer uit 1977 over het recht van erfpacht.<sup>75</sup> De gemeente Rotterdam had in het havengebied een perceel in erfpacht uitgegeven. Daarbij had zij jegens de erfpachter de verplichting op zich genomen om het aangrenzende openbare vaarwater op diepte te houden en de kademuur te onderhouden.<sup>76</sup> De erfpachter was daarvoor een vergoeding verschuldigd. De vraag rees of die vergoedingsverplichting was te beschouwen als een deel van de voor het zakelijke recht van erfpacht verschuldigde canon, zodat voor de berekening van de overdrachtsbelasting de verschuldigde vergoeding in mindering kon worden gebracht op de waarde van het gevestigde erfpachtsrecht.<sup>77</sup>

---

met zich mee brengt, en derhalve behoort die zakelijke werking beperkt te blijven tot de omvang van die eigendomsbevoegdheid, dus inclusief de regelingen betreffende het gebruik en het beheer van het gehuurde, maar exclusief andere, obligatoire, regelingen in het huurcontract."

<sup>75</sup> HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 m.nt. WMK.

<sup>76</sup> Verschillende aspecten van de casus zijn opmerkelijk; nadere analyse volgt in § 6.7.1.

<sup>77</sup> De Wet op belastingen van rechtsverkeer belast de overdacht van de eigendom van onroerende zaken en de vestiging van beperkte rechten daarop. Art. 9 geeft de maatstaf voor de heffing van de overdrachtsbelasting op grond van art. 2, krachtens art. 14 ten belope van 6%. Het gaat om de waarde van het overgedragen goed, krachtens art. 52 de waarde in het economisch verkeer. Waardedrukkende verplichtingen kunnen worden afgetrokken. Zakelijke verplichtingen en kwalitatieve verplichtingen kunnen aftrekposten opleveren. De belastingkamer van de Hoge Raad vaart hierbij een restrictieve koers. Het criterium is vernieuwd in HR 25 no-

Het Hof oordeelde dat de verplichting tot onderhoud van de kademuur en het vaarwater betrekking had op het genot dat de erfpachter van het belendende perceel zou hebben en dat de verplichting "in rechtstreeks verband" stond met de geschiktheid voor het gebruik waarvoor het perceel in erfpacht was uitgegeven. Op grond hiervan kwamen zowel het Hof als de Hoge Raad tot de vermogensrechtelijke conclusie dat de vergoedingsplicht in dit geval deel uitmaakte van het samenstel van rechten en verplichtingen die waren besloten in het zakelijke recht van erfpacht.<sup>78</sup> De Hoge Raad voegde daaraan toe dat partijen ingevolge art. 782 Oud BW vrij zijn om hun erfpachtsverhouding naar eigen goeddunken te regelen, en "dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht", maar dat daarvan geen sprake was.<sup>79</sup>

vember 1998, BNB 1999/18. Voor de beantwoording van de vraag of waardedrukkende invloed toekomt aan een zakelijke dan wel daarmee gelijk te stellen verplichting is beslissend of door die verplichting de omvang van het genot van de zaak en daardoor de waarde ervan, ongeacht de persoon van de zakelijk gerechtigde of gebruiker, wordt beperkt. Bij een beding als het onderhavige antispeculatiebeding, ongeacht of het is versterkt met een kettingbeding, is van zodanige waardedrukkende invloed geen sprake. Kennelijk worden ter vermijding van gaten in het heffingssysteem zelfs puur zakelijke verplichtingen niet altijd als waardedrukkende factor aftrekbaar geacht. Het is n.m.m. gevaarlijk op basis van dergelijke fiscaal georiënteerde arresten conclusies te trekken voor het al dan niet zakelijke karakter van verplichtingen die op beperkt gerechtigden komen te rusten. De angst van de belastingkamer voor uitholling van de heffingsgrondslag voor overdrachtsbelasting en onroerende zaakbelasting is groot.

78 Deze beslissing dat de verplichting en het daarmee corresponderende recht deel uitmaken van de inhoud van het erfpachtsrecht is op systematische gronden bekritiseerd door annotator Kleijn, die later bijval heeft gekregen van J. H. Beekhuis, in Asser 3-II, 11<sup>e</sup> druk 1983, p. 259. Zie ook A. E. de Vries, Het recht van erfpacht, 1<sup>e</sup> druk 1984, p. 56. Kleijn stelt dat de Hoge Raad een legistische benadering heeft gekozen, terwijl de systematische methode zou hebben gedwongen tot de conclusie dat de verplichting in strijd is met het wezen van het erfpachtsrecht omdat aan de verplichting van de gemeente aan passieve zijde geen zaaksevolg kan toekomen. Bij overdracht van het in erfpacht uitgegeven perceel aan een derde zou deze derde als nieuwe erfverpachter verplicht zijn tot onderhoud van het openbare vaarwater, terwijl deze derde geen enkel recht of bevoegdheid heeft ten aanzien van het vaarwater van de gemeente. De systematische toets die Kleijn aanlegt, betreft kennelijk niet zozeer het wezen van het erfpachtsrecht, als wel het wezen van een zakelijk recht in het algemeen.

79 Art. 782 luidde: Alle de bij dezen titel vastgestelde verordeningen zullen alleen plaats grijpen, voor zoo verre daarvan door de overeenkomsten der partijen niet is afgeweken. Vrijwel identiek was art. 764 Oud BW, in de titel over het recht van opstal. Dergelijke bepalingen niet in het nieuwe wetboek opgenomen, maar de wetgever heeft daarmee geen wijziging van het recht beoogd, zie MvA II bij afd. 5.7.1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 297. In Asser 3-I, 13<sup>e</sup> druk 1992, nr. 49, werd de mogelijkheid tot afwijking in het oude recht desalniettemin wel ruimer genoemd. Anders in algemene zin Asser 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 215, eerste alinea kleine letter, vgl. A. J. H. Pleysier, Erfpacht en opstal, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 12. Zie over partijautonomie

In de literatuur wordt op grond van dit arrest door sommigen gesteld dat het voldoende verbandvereiste niet langer behoort tot het geldende recht.<sup>80</sup> Kennelijk wordt daarbij aangenomen dat de 'wezensvraag' een ander criterium impliceert dat het voldoende verbandvereiste. Deze analyse lijkt niet juist. Het is waarschijnlijk dat de Hoge Raad in dit arrest enkel heeft beoogd het voldoende verbandvereiste nader vorm te geven en toe te passen door aansluiting te zoeken bij de in de oude literatuur vaak gebruikte terminologie van het wezen van een zakelijk recht. De Hoge Raad citeert immers een passage uit het arrest van het Hof, waarin wordt geconstateerd dat er in dit geval een 'rechtstreeks verband' was tussen de verplichting om het vaarwater op diepte te houden en het genot van het in erfpacht uitgegeven erf. Bovendien heeft de Hoge Raad in een later arrest uit 1981 over het opstalrecht geanticipeerd op het nieuwe wetboek en de formulering uit de Toelichting Meijers woordelijk gevolgd.<sup>81</sup> Verder moet voor ogen worden gehouden dat het arrest uit 1977 het oude recht betreft, terwijl het voldoende verbandvereiste in de Parlementaire geschiedenis wordt gesteld voor het ontwerp BW, het is derhalve deze laat-

---

en art 782 ook Opzoomer III, 1871, p. 449, noot 1 "Dat die vrijheid niet verder *mag* gaan dan zij gaan *kan*, is duidelijk", met verwijzing naar Diephuis, III, 2<sup>e</sup> druk, p. 382 "De bepalingen der partijen vinden haar natuurlijke beperking daarin, dat zij het wezen der zaak niet kunnen veranderen, en geen erfpachtsrecht kunnen vestigen, dat inderdaad geen erfpachtsrecht is" Zie ook Opzoomer, p. 483 "Art 782 moet in denzelfden zin worden verstaan als art 764 De contracteerende partijen zijn volkomen vrij, maar haar vrijheid kan niet in strijd raken met het wezen der rechtsbetrekking, die zij tusschen elkaar willen doen ontstaan Zij kunnen geen erfpachtsrecht vestigen op roerend goed, noch op een grond die aan den erfpachter in eigendom behoort Niet om art 767, maar om den aard der zaak, omdat een begrip niet uit strijdige, elkaar vernietigende deelen kan bestaan, omdat de eene hand niet mag afbreken wat door de andere gebouwd is"

80 Aldus Davids in Asser 3-II, 13<sup>e</sup> druk 1996, nr. 216, gehandhaafd door C. C. van Dam in 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 217 (het criterium 'is te eng gebleken en door de ontwikkelingen achterhaald'), vgl. J. de Jong, Erfpacht en opstal, Mon. Nieuw BW B-28, 2<sup>e</sup> druk 1995, § 13 op p. 19. Anders Mijnsen in Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 44.

81 HR 11 maart 1981 (derde kamer), NJ 1982, 76 m. nt. WMK, BNB 1981, 169 m. nt. J. P. Scheltens "dat weliswaar naar de aard van het opstalrecht de bevoegdheid de zaak waarop het recht rust te gebruiken en daarvan de vruchten te trekken slechts uit dat recht voortvloeit indien en voor zover dat nodig is voor het volle genot van dat recht, maar partijen bij de akte van vestiging de bevoegdheden van de opstaller nader mogen regelen en hem ook bevoegdheden mogen toekennen die niet nodig zijn voor het volle genot van het recht, mits die bevoegdheden in zodanig verband staan met die welke de opstaller naar de aard van dat recht toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen" Dit oordeel betekende dat aan de onder voorbehoud van het opstalrecht overgedragen bloot-eigendom een lagere waarde moest worden toegekend voor de berekening van de overdrachtsbelasting.

ste algemene beperking van de inhoud van goederenrechtelijke rechten die besloten ligt in het systeem van de in 1992 in werking getreden wet

Overigens is de door de Hoge Raad in 1977 geformuleerde maatstaf een welkome aanvulling van het eveneens rijkelijk vage vereiste van voldoende verband. Dit vereiste en de vraag naar het wezen van het desbetreffende goederenrechtelijke recht zouden daarom steeds in verband met elkaar moeten worden gesteld. Als er een verschil zou bestaan tussen het wezenscriterium en het voldoende verbandvereiste, dan is naar mijn inschatting het wezenscriterium restrictiever. De merite van het wezenscriterium is vooral dat het een objectievere dimensie geeft aan de afbakening van de inhoud van goederenrechtelijke rechten.<sup>82</sup> Het voldoende verbandvereiste zou te zeer kunnen worden toegesneden op de functie of de gevolgen die een of ander goederenrechtelijk recht in een concreet geval heeft. Daarbij zou ook de persoon van de betrokkenen een rol kunnen gaan spelen. Het voldoende verbandvereiste zou dientengevolge een meer subjectieve inslag gaan krijgen.<sup>83</sup> Een dergelijke benadering past slecht in het goederenrecht.

### 6.5.3 *Nadere invulling in de doctrine*

In de doctrine is getracht het criterium voor additionele bevoegdheden en verplichtingen een nadere invulling te geven door daarvoor andere formuleringen te kiezen. Beekhuis verlangde dat de tussen hoofd- en beperkt gerechtigde getroffen regeling niet in strijd komt met de 'essentiele karaktertrekken van het recht'.<sup>84</sup> J. de Jong verlangt 'een min of meer rechtstreeks verband met een of meer van de essentialia' van het goederenrechtelijke recht.<sup>85</sup> Klein heeft in 1979 ten aanzien van het recht van erfpacht het criterium gehanteerd of de overeengekomen verplichtingen

---

82 In Duitsland is in 1970 een studie verschenen van Harm Peter Westermann, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970, p. 1-122 en 420-429. Zoals in § 2.4 bleek, vertoont het gesloten stelsel van rechtspersonen duidelijke verwantschap met de *numerus clausus* van het goederenrecht. In zijn beschouwing over de partijautonomie in het rechtspersonenrecht bekritiseert Westermann de rechtsvinding op basis van het wezen van een rechtsfiguur.

83 Vgl. § 9.3.3.3.

84 Asser-Beekhuis 3-II (1977), p. 206, (1983), p. 236, (1990), nr. 274.

85 J. de Jong, *Erfpacht en opstal*, Mon. Nieuw BW B 28, 2<sup>e</sup> druk 1995, § 13 op p. 18, voor het oude recht met verwijzing naar W.M. Klein, *De invloed van het NBW op kettingbedingen en hun werking in de praktijk*, *Juri Sacrum*-bundel, 1982, p. 26. Het standpunt van De Jong is onderschreven door Davids in Asser 3-II, 13<sup>e</sup> druk 1996 nr. 216, gehandhaafd door C.C. van Dam in 14<sup>e</sup> druk 2002 nr. 217.

als 'typisch uitvloeijsel' van het goederenrechtelijke recht zijn te beschouwen.<sup>86</sup>

Bijvoorbeeld voor het recht van erfpacht zou het criterium van Kleijn betekenen dat bij uitgifte van grond in erfpacht door een gemeente de typisch met gemeentebestuur samenhangende verplichtingen van de erfpacht geen onderdeel uitmaken van het zakelijke recht, omdat verplichtingen "alleen dan kwalitatieve werking zullen hebben, als iedere normale erfverpachter daarbij belang zou hebben".<sup>87</sup> Dit criterium leidt tot een mate van objectivering en een analyse van wat voor een bepaald type goederenrechtelijk recht normaal is.

Hieruit blijkt dat de door de wetgever voorgeschreven toetsing of additionele bevoegdheden en verplichtingen zodanig verband houden met een beperkt recht dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is, een stap impliceert naar een analyse van de normale eigenschappen van dat type recht. Additionele verplichtingen en bevoegdheden zijn toegestaan, mits zij de kerneigenschappen ondersteunen of insnoeren. Zij mogen daarvan niet helemaal los staan. Er is dan geen verband meer, of zelfs "strijd", met het wezen van het beperkte recht.

Dit betekent dat niet in algemene zin is aan te geven wanneer partijen door selectie of aanvulling van de verplichtingen en de bevoegdheden bij de vestiging van een beperkt recht de grenzen van het systeem te buiten

---

86 W.M. Kleijn, *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, preadvies Vereniging voor Bouwrecht, 1979, p. 23.

87 Kleijn, a.w., p. 24. Elders, *De invloed van het NBW op kettingbedingen en hun werking in de praktijk*, Juri Sacrum-bundel, 1982, p. 26, schrijft Kleijn bij wijze van voorbeeld dat een erfpachter wel goederenrechtelijk kan worden verplicht om maandelijks de in erfpacht genomen grasmat vrij van onkruid te houden, zeker wanneer dit invloed heeft op de kwaliteit van de grond of de grasmat, maar niet om wekelijks op de erfpachstennisbaan met de erfverpachter een partij tennis te spelen. Evenmin acht hij mogelijk dat een gemeente aan een erfpachter de verzakelijke verplichting oplegt om zijn auto te stallen in de nabij gelegen gemeentelijke parkeergarage, zij het dat de beoogde derdenwerking ook kan worden bereikt door middel van de omweg van een goedkeuringsclausule. Vermoedelijk is de achterliggende gedachte van Kleijn dat de aanvullende verplichtingen direct op het in erfpacht gegeven terrein betrekking moeten hebben en tot nut van dat terrein, in plaats van tot nut van de erfverpachter, moeten strekken; vgl. het klassieke utilitasvereiste voor het recht van erfdiensbaarheid. Vgl. Mijnsen in Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, *Algemeen goederenrecht*, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 31: "Erfpachter en grondeigenaar zullen bijvoorbeeld een regeling kunnen treffen voor het onderhoud van de grond en de gebouwen, welke regeling dan geacht wordt een onderdeel van het recht te vormen. Ditzelfde geldt echter niet wanneer - bij wijze van voorbeeld - de erfpachter de verplichting op zich zou nemen een aantal koeien van de grondeigenaar op het land te laten weiden." Zie verder het tiental voorbeelden uit de praktijk bij A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.8.

gaan: doorslaggevend is de mate waarin ze verband houden met de in de wet genoemde essentiële bevoegdheden van het gecreëerde type recht.<sup>88</sup> Voor ieder type beperkt recht moeten daarom de wezenskenmerken worden vastgesteld.<sup>89</sup>

Bijvoorbeeld voor een recht van erfpacht is essentieel dat de erfpachter houder wordt van de zaak en daarvan het gebruik heeft.<sup>90</sup> Voor een recht van opstal is essentieel dat de opstaller de eigendom van de opstallen heeft.<sup>91</sup> Voor het recht van vruchtgebruik lijkt vruchttrekking kenmerkend,

88 Mijnsen in Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 31: "Maar ook bij de bepaling van de inhoud van de bestaande rechten op goederen is partijen geen absolute vrijheid gelaten. Hoever die vrijheid gaat, hangt af van het karakter van het desbetreffende recht. Soms volstaat de wet met het stellen van enkele algemene vereisten, waaraan het recht moet voldoen, terwijl overigens aan partijen de bevoegdheid toekomt binnen het wettelijke kader hun verhouding te regelen zoals zij dit willen. Aldus bijvoorbeeld bij de erfdienstbaarheden (art. 5:70). Bij andere rechten op goederen noemt de wet enkele essentiële bevoegdheden die in elk geval aanwezig moeten zijn, wil er van het recht sprake zijn. (...) Deze wettelijke omschrijvingen beletten echter niet dat partijen ook andere bevoegdheden en verplichtingen in het recht kunnen opnemen, mits deze voldoende verband houden met de hoofdbevoegdheid die uit het recht voortvloeit."

89 F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten*, nu en in de toekomst, diss. Leiden, 1978, p. 142, meent dat de door Meijers voor de algemene rechtstheorie ontwikkelde classificatieleer toegepast kan worden ter beantwoording van de vraag wat 'het wezen' van een bepaald zakelijk recht is. M.i. kent Ketelaar hiermee aan de classificatieleer van Meijers een grotere betekenis toe dan Meijers vermoedelijk zou hebben gewild. De beschouwingen over het normaaltype van een zakelijk recht in de algemene rechtstheorie waren voor Meijers vooral van betekenis voor de keuze van een wetgever voor of tegen de verzakelijking van een recht ten aanzien van een zaak. Is die keuze door een wetgever in een bepaald land eenmaal op doelmatigheidsgronden gemaakt, dan ligt daarmee het al dan niet zakelijke karakter van het recht vast en kan de wetgever desgewenst uitzonderingen maken op de consequenties en de rechtsgevolgen van deze vaststelling. De mate waarin wordt afgeweken van het normaaltype bepaalt mede welke bijzondere regeling in de wet moet worden getroffen. De leer van Meijers wordt gedenatureerd als men daarin de benadering leest dat elk zakelijk recht bestaat uit een pakket inwisselbare eigenschappen, dat van geval tot geval kan verschillen. Ook de weergave van de normaaltypenleer van Meijers door Th.F. de Jong, diss., 2006, nrs. 60-61, vind ik ongelukkig. Zie over de benadering van Meijers verder § 7.3.3.

90 Zie TM bij art. 5:89, PG 5, p. 308: "In dit artikel wordt nader bepaald welk genot van de zaak aan de erfpachter toekomt. Het laat partijen vrij om te bepalen tot welk gebruik van de zaak een erfpachter bevoegd zal zijn. Het meest beperkte en het meest uitgebreide genot kunnen dus beide inhoud van het erfpachtsrecht zijn. Men houde echter in het oog, dat een beding, dat de erfpachter het recht ontzegt om de zaak te houden, of een beding, dat hem elk recht om de zaak te gebruiken ontnemt, ten gevolge zou hebben, dat een recht van erfpacht niet tot stand komt. Dit volgt uit de in artikel 5:85 gegeven omschrijving."

91 Zie MvA II bij titel 5.8 (opstal) (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 357-8: "Evenals bij de erfpacht heeft de ondergetekende er naar gestreefd de bepalingen van dwingend rechtelijke aard zoveel mogelijk te beperken. Afgezien van de bepalingen van erf-



maar de wet biedt de mogelijkheid om te bepalen wat onder 'vrucht' wordt verstaan.<sup>92</sup> Waarschijnlijk gaat deze bevoegdheid echter niet zover dat kan worden bepaald dat helemaal geen vruchten (fructus) mogen worden genoten, maar de vruchtgebruiker slechts bevoegd is tot gebruik (usus). Aannemelijk is dat zo wordt getreden buiten de grenzen van het wezen van het recht van vruchtgebruik, zoals bepaald door in het bijzonder art. 3:201, 207 en 216 BW.<sup>93</sup> De bevoegdheid tot vruchttrekking is een essentieel kenmerk voor het recht van vruchtgebruik.<sup>94</sup>

Voor de verwoording van de kerneigenschappen van ieder type beperkt recht is grondiger en uitvoeriger analyse wenselijk.<sup>95</sup> Hier wordt volstaan met de conclusie dat het door partijen nader afgebakende, beperkte goederenrechtelijke recht nog dient te beantwoorden aan de wettelijke begripsomschrijving van dat type. Wordt door middel van de aanvullende verplichtingen en bevoegdheden voor de beperkt gerechtigde zozeer van de wettelijke begripsomschrijving afgeweken dat 'het wezen' van dat recht ontbreekt, dan is van dat goederenrechtelijke recht geen sprake. Dit is de essentie van het gesloten systeem, zoals dat door de

---

pacht, waarnaar verwezen wordt, bevat thans alleen artikel 5:105 lid 1 een regeling van dwingend recht, maar deze kan niet gemist worden, omdat zij samenhangt met een essentieel kenmerk van het recht van opstal, nl. dat de opstaller eigenaar is van de gebouwen, werken en beplantingen."

92 De bevoegdheid voor partijen om bij de vestiging van het vruchtgebruik zelf invulling te geven aan het begrip 'vrucht' is neergelegd in art. 3:216 BW. Zie in deze zin voor het oude recht reeds Ph. A. N. Houwing, rechtsvraag WPNR 4091 (1949).

93 Speciales van vruchtgebruik zijn het beperkte recht van gebruik en het beperkte recht van bewoning, die zijn geregeld in art. 3:226 BW. Zie voor een afbakening van de wezenskenmerken nader W. M. Kleijn, *Vruchtgebruik*, Mon. Nieuw BW B-10, 1990, § 20, p. 58, ten aanzien van "Aangezien dit [recht] regelend recht inhoudt kan bij de instelling van het recht van gebruik of van bewoning bepaald worden dat de gebruiker of bewoner het object mag laten bewonen of gebruiken door bepaalde anderen die niet tot zijn gezin behoren. Anderzijds leiden de beginselen van privacy ertoe, dat de hoofdgerechtigde zich daar niet (al te) veel mee mag bemoeien." Kleijn geeft vervolgens een voorbeeld waarin een tante het recht van gebruik en bewoning van haar huis legateert aan een lievelingsneef, de bepaling dat hij steeds katten in de woning moet toelaten, acht Kleijn geldig, de bepaling dat hij geen ongehuwde dames kort of lang bewoning mag verlenen, acht Kleijn in beginsel wel denkbaar als onderdeel van het beperkte recht maar in strijd met de goede zeden wegens de privacy, en de bepaling dat de neef de bijbehorende moestuin slechts door een persoon uit het dorp zelf mag laten gebruiken, acht Kleijn eveneens geldig. De criteria voor afbakening van het wezen van het beperkte recht van gebruik en bewoning die hieraan ten grondslag liggen, zijn niet evident. Zie over de rechten van gebruik en van bewoning ook Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, h. 13.

94 Zo ook Mijnsen in Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 289.

95 Zie nog § 7.8.6.

wetgever tot uitdrukking is gebracht in het kader van het recht van erfdienstbaarheid:

"Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat de omschrijving in art 5:70 van hetgeen waaraan moet zijn voldaan, wil sprake kunnen zijn van een erfdienstbaarheid, een grotere betekenis heeft verkregen, doordat het ontwerp niet de omschrijvingen van specifieke servituut-gevallen kent, die in ons huidige B.W. te vinden zijn. In verband met de door het ontwerp gekozen opzet van een gesloten stelsel van de beperkte zakelijke rechten, brengt de omschrijving van art. 5:70 tezamen met die van de andere in de Boeken 3 en 5 geregelde beperkte rechten die op een zaak kunnen rusten, mee dat een recht dat niet aan een van deze omschrijvingen voldoet, niet als een zakelijk recht beschouwd kan worden."<sup>96</sup>

Volgens Pleysier geldt hierbij voor beperkte rechten een bestaansminimum:

"Voor beperkte rechten echter geldt dat de wet slechts het maximum aangeeft: men mag wel minder bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde-in-spe verschaffen dan dat maximum, uiteraard mits deze nog enige bevoegdheden krijgt die in het wettelijk maximum thuishoren."<sup>97</sup>

Dat een minimum bestaat is duidelijk; minder zeker is of ook een maximum geldt.<sup>98</sup> Denkbaar is dat partijen de bevoegdheden van de beperkt

96 MvA II (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 250, zie ook VV II (d.d. 25 oktober 1961), PG 5, p. 248: "Het ontwerp kent niet de omschrijvingen van specifieke servituut-gevallen, welke in ons huidige B.W. (vgl. artikelen 727 e.v.) te vinden zijn. Daardoor heeft de definitie van artikel 5:70 zo mogelijk nog te meer betekenis, met name in verband met haar functie in het gesloten stelsel der beperkt-zakelijke rechten."

97 A.J.H. Pleysier, *Time-sharing*, De Notarisklerk 1262 (1989), op 173; enigszins anders, dezelfde, iets over appartementsrecht en erfpacht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p. 1, nr. 2: "Anders dan bij het eigendomsrecht, waar de definitie van de wet zowel het maximum als het minimum der bevoegdheden van de eigenaar aangeeft, kan een beperkt gerechtigde nooit meer rechten hebben dan het in de wet gegeven maximum, maar wel minder.", met verwijzing naar TM bij art. 5:89, PG 5, p. 308, en Zwitsers, WPNR 5627 (1982), p. 652, r.k.; zie ook Pleysier, in dezelfde zin, Een geheimzinnige eigendomsvorm bij het opstalrecht, De Notarisklerk 1283 (1991), nrs. 1 en 3.

98 Dat er ook een maximum geldt, kan vermoedelijk worden afgeleid uit TM bij art. 3:201, PG 3, p. 642: "Men erkent in ons land vrij algemeen, dat het wenselijk is, dat hij die een vruchtgebruik instelt de bevoegdheden van de vruchtgebruiker kan verruimen. In de praktijk vindt men reeds vele akten, waarin dit geschiedt. Het is echter hoogst twijfelachtig of deze akten geldig zijn. Men kan niet willekeurig nieuwe zakelijke rechten scheppen. Geeft men aan iemand meer bevoegdheden dan die krachtens de definitie van het vruchtgebruik daarin besloten liggen, dan is dit voor de wet een ander recht dan vruchtgebruik, dat niet vrijelijk in het leven kan worden geroepen. In ieder geval is het gewenst, ten einde twijfel dienaangaande te voorkomen, in de wet met zoveel woorden te bepalen, dat de bevoegdheden van de

gerechtigde wat uitbreiden, bijvoorbeeld door de opstaller van een vakantie-portacabin ook de bevoegdheid te geven om te genieten van de oogst van het terrein. Ook bij uitbreiding van de bevoegdheden zal echter moeten worden getoetst of voldoende verband bestaat met het wezen van het gevestigde beperkte recht.<sup>99</sup>

Door de Rotterdamse notaris Treurniet is in 1957, niet lang na het verschijnen van de Toelichting Meijers, met treffende beeldspraak de wenselijkheid van het voldoende verband vereiste in samenhang met het wezenscriterium ter discussie gesteld:

"Ik kan voor het gekozen systeem geen bewondering hebben. Met [het voldoende verband vereiste] kan ik mij verenigen - mits het 'voldoende verband' zeer ruim wordt genomen - maar [de regel dat de inhoud van een zakelijk recht alleen aangepast mag worden als de wet daarvoor ruimte biedt] acht ik een nodeloos tot stilstand brengen van de ontwikkeling der zakelijke rechten en daarenboven ondoordacht ( ) Door de grote vrijheid, welke onze tegenwoordige wet biedt, kan de erfpachttake zich aanpassen aan veranderde maatschappelijke verhoudingen en zich richten naar gewijzigde inzichten. Daarmede verandert 'het wezen' van het erfpachtsrecht. De wetgever, die dat 'wezen' op een zeker ogenblik meent te kunnen fotograferen en aan de foto ook voor de toekomst authenticiteit verleent, staat een natuurlijke ontwikkeling der dingen in de weg."<sup>100</sup>

- 
- vruchtgebruiker door de insteller kunnen worden uitgebreid, zodat hij niet meer beperkt wordt door het 'mits zorgende dat de zaak zelve in stand blijve'."
- 99 Ook afgezien van de grenzen van de partijautonomie is het goederenrechtelijke karakter van de beperkte rechten mede bepalend voor de omvang van de daaruit voortvloeiende bevoegdheden. Vgl. HR 23 juni 2006, NJ 2006, 352, r.o. 4.2.1, en de conclusie van AG De Vries-Lentsch-Kostense daarvoor, nr. 21: "in het licht van het rechtskarakter van een erfdienstbaarheid van weg, waarvan de uitoefening naar zijn aard als zakelijk recht niet afhankelijk kan zijn van de toevallige aanwezigheid van de eigenaar van het dienende erf" moet aan de eigenaar van het heersende erf de sleutel worden verschaft van het hek dat het dienende erf omsluit.
- 100 W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden*, Preadvies BCN, 1957, p. 177. Kritisch hierover is A.E. de Vries, a.w., hoofdstuk V, p. 67, die beschrijft dat Treurniet "vreest dat een te grote restrictie van de mogelijkheid af te wijken van het wettelijk systeem een nodeloos tot stilstand brengen van de ontwikkeling van zakelijke rechten" met zich mee zou brengen. "De Vries voegt hieraan toe: '(Vaarwel gesloten karakter!)'". Vermaard is ook een passage bij Treurniet op p. 100 bij de bespreking van de draagwijdte van art. 782: "Dit artikel verleent, naar het mij voorkomt, partijen een bijna volstreekte bevoegdheid haar erfpachtsrecht zó in te richten als zij verkiezen. Zeker, er is een grens - de openbare orde, het 'wezen' van het erfpachtsrecht (gezien in het tijdsbeeld) -, maar die grens zullen zij in de praktijk des levens evenmin bereiken als een zeeman de kim". In de recensie van deze preadviezen door Ph.A.N. Houwing, WPNR 4496 (1957), p. 277-280, p. 280 l.k., erkent hij dat de beperking, dat aanvullende verbintenissen rechtstreeks verband moeten houden met het genot en het onderhoud van de zaak, vaag is, "maar dat doet aan de juistheid van dit beginsel echter niet af".

Treurniet verwoordde zo in het kader van de wezensvraag het klassieke bezwaar tegen een wettelijke *numerus clausus*: het gevaar van verstarring door de focus op de tekst en de strekking van de wettelijke regeling van een beperkt recht.

Treurniet nodigt hiermee uit tot het vinden van een benadering waarin ruimte bestaat om veranderende opvattingen in het rechtsverkeer te betrekken in de toetsing of aanvullende bevoegdheden en verplichtingen deel uitmaken van het beperkte recht. Eerder in deze paragraaf is aangegeven dat aannemelijk is, ondanks het stilzwijgen van de wetgever hierover, dat het wezen van een bepaald type beperkt recht mede wordt bepaald door de functies die door dat recht in het maatschappelijk verkeer worden vervuld. Wanneer een beperkt recht een andere of een nieuwe functie gaat vervullen in het maatschappelijk verkeer, verandert daardoor het wezen van dat type recht. Zo bezien zit er enige flexibiliteit in het wezenscriterium voor de invulling van het voldoende verbandvereiste.

Verder biedt de differentiatiegedachte nuttige perspectieven. Het is goed denkbaar dat voor een bepaald beperkt recht nader per gevalstype wordt gedifferentieerd, bijvoorbeeld op basis van de hoedanigheid van de betrokkenen of de aard van de transactie. In het kader van het recht van erfpacht is door Treurniet in zijn preadvies uit 1957 voorgesteld om de grenzen van de vrijheid die aan partijen toekomt bij de invulling van hun erfpachtsrecht in de stedelijke sfeer ruimer te trekken dan in de agrarische sfeer, maar de wetgever heeft deze suggestie destijds uitdrukkelijk afgewezen.<sup>101</sup> Ondanks deze keuze om geen onderscheid in de wet te maken, zou bij de toepassing van het voldoende verbandvereiste in de rechtspraak wel een dergelijk onderscheid binnen de wettelijke kaders voor een bepaald type beperkt recht gemaakt kunnen worden. Ook denkbaar is dat de beperkingen die in dit hoofdstuk worden beschreven voor het ene type beperkte recht strikter worden toegepast dan voor het andere type, in het bijzonder door te differentiëren tussen genotsrechten en zekerheidsrechten.<sup>102</sup>

101 MvA II bij afd. 5.7.1 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 298, eennalaatste alinea.

102 H.W. Heyman, *Contents of the Real Right: Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 80 sub 1, werpt de vraag op of voor de zekerheidsrechten de algemene beperkingen strikter moeten worden toegepast dan voor de genotsrechten, maar toont zich geneigd om deze vraag ontkennend te beantwoorden. Zie ook de recensie door Van Velten, van P.A. Stein, *Zekerheidsrechten - Hypotheek*, 4<sup>e</sup> druk 2004, in WPNR 6589 (2004), p. 686. "Ook opmerkelijk is dat de auteur op p. 25 van mening is dat niet in de wet geregelde bedingen - bijvoorbeeld een verbod om het verbondene op een bepaalde manier te gebruiken - niet zouden gelden ten opzichte van hen die de hypotheccair belaste zaak zouden verkrijgen. zo'n beding zou geen goederenrechtelijke werking hebben. Bij erfpacht is dit standpunt al vele jaren achterhaald en worden bijzondere, niet

Al met al dient van geval tot geval te worden beoordeeld of het voldoende verbandvereiste de verzakelijking van door partijen bij de vestiging van een beperkt recht overeengekomen aanvullende bevoegdheden en verplichtingen toelaat. Daarbij kan een analyse van het wezen van het desbetreffende goederenrechtelijke recht richting bieden, zeker wanneer de economische en maatschappelijke functie van dat goederenrechtelijke recht in de analyse wordt betrokken. De toetsing moet uitmonden in een antwoord op de vraag of gelijke behandeling van de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen met die welke van rechtswege voortvloeien uit dat type recht gerechtvaardigd is, gezien de derdenwerking die van een positief antwoord het gevolg is. In deze derdenwerking ligt mogelijk-kerwijs nog een hulpcriterium besloten: een rol kan spelen welke bevoegdheden en verplichtingen derden in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs in een dergelijk geval kunnen verwachten. Standaardisering van de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen vergroot de kans dat wordt geoordeeld dat ze deel uitmaken van het beperkte recht zelf, tenzij het wezen van dat recht erdoor wordt aangetast.<sup>103</sup>

## 6.6 Het subtractieprincipe

### 6.6.1 Het subtractieprincipe bestaat

Het subtractieprincipe betreft het uitgangspunt dat beperkte rechten slechts tot inhoud kunnen hebben een deel van de bevoegdheden die, ware het goed niet met het beperkte recht belast, geheel aan de volledig gerechtigde zouden toekomen.<sup>104</sup> De term 'subtractieprincipe' is nieuw.<sup>105</sup> De

---

aan de wet ontleende bedingen na overdracht onverminderd blijvende goederenrechtelijke werking toegekend, mits deze niet in strijd zijn met het wezen van het beperkte recht (HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 WMK) ( ) Voor hypotheek zou ik eenzelfde standpunt inzake goederenrechtelijke doorwerking van in beginsel alle bedingen willen bepleiten.

103 Zie over het voldoende verbandvereiste § 6.7.4 en § 7.2.4. Zie ten aanzien van de functie van een recht in het maatschappelijk verkeer § 8.4.

104 Zie in het bijzonder S.N. van Opstall, Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4919-4926 (1966), een uitwerking van zijn oppositie tijdens de vergadering van de BCN over de preadviezen van Maeijer en Smalbraak. Hiertegen J.H. Beekhuis in Asser 3-I, 1980, p. 37 e.v., gehandhaafd in de latere drukken uit (1985) nr. 59, (1992) nr. 50, (2001) nr. 45. Zie ook A.E. de Vries, Het recht van erfpacht, 1<sup>e</sup> druk 1984 (en 3<sup>e</sup> druk 2002, bewerkt door A.J.H. Pleysier), h.v. Zie verder Rank-Berenschot, diss., § 6.3.5.6.4, en kort Van Velten, preadvies KNB 1995, § 1.4.4.

105 Inspiratie voor deze term is gevonden in het Zuid-Afrikaanse recht, in het bijzonder de zogenaamde subtraction from dominium-test ter vaststelling van het zakelijke karakter van een subjectief recht. Er moet echter met nadruk op worden gewezen dat deze subtraction test in het Zuid-Afrikaanse recht een andere invulling lijkt te

gedachte is veel ouder; de inhoudelijke verwoording ervan wordt algemeen toegeschreven aan Van Opstall in een artikel uit 1966, maar de gedachte is ook terug te vinden in veel oudere geschriften.<sup>106</sup> De consequentie van het subtractieprincipe is dat het beperkte recht zelf nooit mede kan bestaan uit een verplichting; aangezien de eigenaar op basis van zijn eigendomsrecht nooit tot iets verplicht is, kan die verplichting ook niet overgaan op een beperkt goederenrechtelijk gerechtigde. Voor zover verplichtingen komen te rusten op de beperkt gerechtigde, maken die verplichtingen als zodanig geen deel uit van het goederenrechtelijke recht. Een beperkt recht kan in deze benadering louter bestaan uit bevoegdheden.<sup>107</sup>

Een variant van het subtractieprincipe is de theorie van de heerschappijverdeling.<sup>108</sup> Ook met deze theorie wordt beoogd om grenzen te stellen

---

krijgen dan het afsplitsingsmodel dat aan het Nederlandse recht ten grondslag ligt; de Zuid-Afrikaanse subtraction test lijkt meer op de negatieve kant van het nutsvereiste dat in het oude BW voor het recht van erfdienstbaarheid gold. Zie over het Zuid-Afrikaanse recht § 4.4. De term subtractieprincipe wordt gebruikt in plaats van de door De Vries, a.w., geïntroduceerde term 'aftrekprincipe'.

- 106 Van Opstall, p. 383 en 384, r.k. Het is van belang te benadrukken dat Van Opstall niet een nieuw vereiste heeft willen introduceren, maar slechts heeft willen beschrijven hetgeen z.i. reeds in het geldende recht besloten lag; hij verwijst dan ook naar Suyling, V, nr 82, p. 90; Asser-Scholten II, 8<sup>e</sup> druk, p. 33; en Meijers, Algemene Leer (sic), p. 280 e.v. Verder kan genoemd worden C.W. Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, 1871, p. 379, met verwijzing naar Puchta, en, Vierde Deel, 1876, p. 5-7. Zie verder h. 3 over de herkomst van de numerus clausus en het arrest van het Hof Arnhem uit 1933 over het recht van kleigraving, dat in § 2.3.4 is besproken.
- 107 Anders reeds E.J.J. van der Heijden, De samengestelde rechtsbetrekking, WPNR 3065 (1928), ook in: Verspreide geschriften, 2001, p. 97: "Zakelijke rechten zijn rechtsbetrekkingen, naar de betrokken persoon onbepaald, dus absoluut; naar den betrokken term gericht op hetgeen onze wet toevallig als zaak gelieft aan te duiden - een aanduiding, welke uitbreiding een behoorlijke systematiek zou ten goede komen -; naar den inhoud omvattend de rechten *en verplichtingen*, welke de wet voor elk daarvan opsomt."
- 108 Zie vooral W.B. Plantenga, Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden, preadvies BCN 1957, p. 29 ("de groep bepalingen, welke beoogt te regelen, in hoeverre het in erfpacht uitgegeven onroerend goed aan de heerschappij van de erfpachter zal zijn onderworpen. Dus die bepalingen, welke de omvang van het recht van de erfpachter omschrijven en vaststellen hoever diens bevoegdheden gaan. Ze veroorzaken een insnoering van het recht, dat daardoor in een mindere omvang wordt verleend. Verbintenissen, welke de gerechtigde ook als subject betreffen, ontstaan hierdoor niet. De eigenaar maakt slechts gebruik van de bevoegdheid, bij art. 782 B.W. toegekend, het recht van erfpacht meer of minder uitgebreid te maken. Slechts binnen de aldus getrokken grenzen is de erfpachter zakelijk gerechtigde. Matigt hij zich daar buiten bevoegdheden aan, dan pleegt hij inbreuk op het zakelijk recht van de eigenaar, evenals een willekeurige derde dit zou doen, die zich soortgelijke vrijheden zou veroorloven."), en De Vries, a.w., hoofdstukken V en VI. Daarover Rank-Berenschot, diss., § 6.3.6.

aan hetgeen partijen tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht kunnen verheffen, zodat deze verplichtingen zakelijke werking krijgen. Het uitgangspunt van deze benadering is de gedachte dat elk goederenrechtelijk recht bestaat uit een complex van bevoegdheden en verplichtingen die de macht over een goed geven. Tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht behoren dan alle verplichtingen die de grens tussen het beperkte recht en het eigendomsrecht afbakenen. Dergelijke verplichtingen worden soms aangeduid als de '*insnoerende verplichtingen*'.<sup>109</sup> Andere soorten verplichtingen hebben slechts verbintenisrechtelijk effect. De zakelijk werkende insnoerende verplichtingen kunnen in sommige gevallen echter ook een plicht tot een doen of een geven omvatten, zoals de verplichting krachtens art. 3:225 BW om na beëindiging van het vruchtgebruik het in vruchtgebruik genomen goed terug te geven.<sup>110</sup>

Het subtractieprincipe vloeit logischerwijs voort uit het afsplitsingsmodel, maar ook bij afwijzing van het afsplitsingsmodel ten gunste van het afspiegelingsmodel kan worden vastgehouden aan de in het subtractieprincipe besloten beperking op de vestiging van een beperkt zakelijk recht.<sup>111</sup> Ook wanneer de vestiging van een beperkt zakelijk recht wordt gezien als de afspiegeling van een deel van de bevoegdheden die de eigenaar zelf niet langer, of niet langer exclusief, mag uitoefenen, betekent dit dat de beperkt gerechtigde louter gespiegelde bevoegdheden kan hebben. Bij gebreke aan verplichtingen voor een eigenaar zijn deze ook niet te spiegelen.

#### 6.6.2 ... ondanks de bedenkingen ...

Het probleem met het subtractieprincipe is dat bij een dogmatische wets-systematische analyse blijkt dat het op sommige punten moeilijk verenigbaar is met het geldende recht. Ter onderbouwing van de stelling dat het subtractieprincipe deel uitmaakt van het Nederlandse recht wordt een beroep gedaan op art. 5:89 lid 1 BW, dat bepaalt dat de erfpachter in beginsel hetzelfde genot van de zaak heeft als de eigenaar.<sup>112</sup> Veel andere bepalingen botsen echter met het subtractieprincipe.<sup>113</sup> Een eerste complicatie is

109 Plantenga, t.a.p.; De Vries, a.w., p. 44-47.

110 Deze verplichting strekt vermoedelijk verder dan slechts het dulden dat de vruchtgebruikgever de goederen op grond van zijn eigendomsrecht revindiceert. De vruchtgebruiker moet zich tot teruggave inspannen.

111 Aldus Rank-Berenschot, diss., 1992, § 6.3.5, p. 113.

112 De Vries, a.w., p. 45 en 67.

113 In Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 45, wordt ter ontkrachting van het betoog van Van Opstall ook het nu verdwenen zakelijke recht van grondrente genoemd, omdat dit in art. 784 Oud BW geregelde recht

dat in de wet zelf op vele plaatsen verplichtingen worden opgelegd aan zowel beperkt gerechtigden als moedergerechtigden.<sup>114</sup> Belangrijke voorbeelden zijn de verplichting van de erfpachter en de opstaller om een canon te betalen krachtens art. 5:85 lid 2 BW, de verplichting van de eigenaar van een heersend erf om in het kader van een erfdienstbaarheid op het dienend erf aangebrachte gebouwen of werken te onderhouden krachtens art. 5:75 lid 3 BW, en vooral de verplichting die krachtens art. 5:71 lid 1 BW op de eigenaar van het dienend erf kan worden gelegd om de gebouwen, werken of beplantingen op zijn erf aan te brengen die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn. Een ander voorbeeld is de wettelijke verzekeringsplicht die krachtens art. 3:209 BW rust op een vruchtgebruiker. Enige gelijkenis hiermee vertonen de burennrechtelijke verplichtingen krachtens titel 5.4 BW, maar deze zijn in dit kader niet ter zake aangezien daarbij geen sprake is van vestiging van een beperkt recht. Het subtractieprincipe is in het burennrecht dus niet in het geding; het burennrecht biedt slechts een nadere wettelijke invulling van de inhoud van het eigendomsrecht.<sup>115</sup>

De relevantie van deze wettelijke inbreuken op het subtractieprincipe zou kunnen worden weggenomen door te stellen dat het subtractieprincipe enkel ziet op de buitenwettelijke bevoegdheden die door de partijen bij de vestiging van het beperkte recht aan de inhoud worden toegevoegd.<sup>116</sup> Het subtractieprincipe is dan geen weergave van het algemene

---

de eigenaar of beperkte gerechtigde van een onroerende zaak verplichtte tot periodieke betaling van een vaste geldsom aan de grondrenteheffer. Het heeft A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal*, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 14.3, p. 61, "altijd verbaasd dat men de zo logische gedachte van Van Opstall bestreden heeft met deze brontosaurus onder de beperkte rechten". Hier komt nog bij dat in de oude literatuur fel is geageerd tegen de kwalificatie van de grondrente als een zakelijk recht, m.n. door Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Vierde Deel, Art. 784-1268, 1876, p. 1-10.

114 Hierover ook Van Opstall, WPNR 4920 (1966), p. 396 e.v.

115 Zie eveneens De Vries, a.w., p. 47, die daarbij m.i. ten onrechte ook de erfdienstbaarheden noemt. Wellicht heeft hij een ruim begrip van erfdienstbaarheden voor ogen gehad, dat mede de burennrechtelijke verhoudingen omvat, zoals in het Franse recht. De plaatsing van de burennrechtelijke verplichtingen buiten de titel over erfdienstbaarheden is becommentarieerd door C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, Art. 555-783, 1871, p. 313, die in noot 2 wel opmerkt dat burennrechtelijke verplichtingen, voor zover zij bestaan in een verplichting om iets te doen, "onmogelijk als erfdienstbaarheden beschouwd kunnen worden. Ze zijn dan geen 'Beschränkungen des Eigenthums' maar 'Beschränkungen des Eigenthums'." met verwijzing naar Vangerow. Overigens stelt Opzoomer, p. 479, noot 1, dat het begrip 'erfpacht' etymologisch slechts is te verstaan als 'erfelijke pacht' en niet ook als 'pacht van een erf', zoals door o.a. Diephuis werd beweerd.

116 Zo ook De Vries, p. 63 (gehandhaafd door Pleysier, 3<sup>e</sup> druk, § 14.3, p. 62). Vgl. § 10 op p. 44 (3<sup>e</sup> druk p. 42), waar De Vries de wettelijke grondslag van de canonver-



wettelijke model van vestiging van beperkte rechten, maar slechts een algemene regel ter beperking van wat partijen kunnen toevoegen aan de inhoud van een beperkt recht, bovenop de wettelijk toegekende bevoegdheden en plichten.

Een tweede bedenking tegen de leer van Van Opstall is dat niet alle verschijningsvormen van beperkte goederenrechtelijke rechten zijn te verklaren op basis van het uitgangspunt van het subtractieprincipe. Wanneer bijvoorbeeld in de vorm van een erfdiensbaarheid het recht is verleend tot overpad, is de bevoegdheid tot gebruik van de grond niet afgesplitst en overgedragen aan de beperkt gerechtigde. Volgens Maeijer blijkt hieruit dat dergelijke bevoegdheden niet als aanvullingen zijn begrepen in de eigendom van het heersend erf, maar in wezen blijven ressorteren onder de eigendom van het dienend erf.<sup>117</sup> Van Opstall heeft getracht deze kritiek te pareren met een constructie die neerkomt op het klonen van bevoegdheden: de bevoegdheid tot gebruik is ten gevolge van de vestiging van de erfdiensbaarheid niet volledig uit het eigendomsrecht gelicht, maar is gedeeld en komt in onverdeelde staat toe aan de eigenaar van het dienend erf en de beperkt gerechtigde eigenaar van het heersend erf gezamenlijk.<sup>118</sup> De consequentie is in deze gedachtegang dan ook dat de eigenaar van het dienend erf niet meer zoals voorheen aan de eigenaar van het heersend erf kan verbieden om van de weg gebruik te maken. Hierin is de vermindering van de tot het eigendomsrecht behorende bevoegdheden te ontwaren, die volgens Van Opstall wel degelijk is terug te voeren op het subtractieprincipe.<sup>119</sup>

---

plichting voldoende vindt om daaraan zakelijke werking toe te kennen, ondanks de onverenigbaarheid met het aftrekprincipe.

117 Zie uitvoerig J.M.M. Maeijer, *Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen*, preadvies BCN, 1966, p. 5, onderschreven door Beekhuis in Asser 3-I, 12<sup>e</sup> druk 1985, nr. 59.

118 Op p. 387, l.k., stelt Van Opstall uitdrukkelijk dat de beperkt gerechtigde de verleende bevoegdheid "voor een onverdeelde helft" toekomt; hij rept ook uitdrukkelijk van 'mede-eigendom'. In de r.k. wordt echter gesteld dat de bevoegdheid om op te treden tegen eenieder die door obstakels te plaatsen de uitoefening van het recht van weg belemmert, is 'gesplitst'.

119 Zie in het bijzonder WPNR 4919 (1966), p. 386-387, met verwijzing naar I. Kisch, diss. 1932, p. 153, vermoedelijk § 150 betreffende de mede-eigendomsanalyse. Vgl. Jean Dabin, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv. 1962, p. 20-44 (recensie proefschrift Ginossar), p. 30, noot 1: "La critique adressée au concept de 'démembrement de propriété' (...) procède d'une interprétation trop littérale du mot *démembrement*, pris comme le fractionnement de la propriété, suivi d'une attribution au titulaire du droit 'démembré' de la fraction ainsi prélevée sur le tout. (...) Mais on peut entendre *démembrement* dans le sens d'amputation. Or le droit du propriétaire est amputé quand il a perdu soit la plénitude des pouvoirs sur la chose, soit, pareillement, l'*exclusivité* de ces pouvoirs."

Een derde complicatie voor de stelling dat het subtractieprincipe deel uitmaakt van het Nederlandse recht is dat de wetgever uitdrukkelijk afstand heeft genomen van de door Van Opstall verwoorde leer, althans in het kader van de regeling van de erfdienstbaarheden. Volgens de memorie van antwoord bij de titel over het recht van erfdienstbaarheid dwingt het afsplitsingsmodel niet tot aanvaarding van het subtractieprincipe:

"Met name staat de omstandigheid dat een beperkt recht ingevolge artikel 3:8 'uit een meer omvattend recht is afgeleid' en dat dit recht volgens artikel 3:81 lid 1 gevestigd moet zijn 'binnen de grenzen' van het recht waarop het rust, niet in de weg aan het vestigen van erfdienstbaarheden die bevoegdheden verschaffen, waarvan men niet kan zeggen dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest, uiteraard mits degene die de erfdienstbaarheid vestigt, maar bevoegd is als eigenaar of uit hoofde van artikel 5:84 over de zaak te beschikken."<sup>120</sup>

Goed beschouwd wordt hier slechts apodictisch gesteld, niet dogmatisch onderbouwd, waarom voor het bestaan van het subtractieprincipe geen argument kan worden ontleend aan art. 3:8 en 81 lid 1 BW.

De memorie van antwoord vermeldt verder dat een afwijzing van de leer van Van Opstall besloten ligt in met name de bepalingen inzake erfdienstbaarheden, die toelaten dat door de vestiging ervan bevoegdheden worden verschaft waarvan men niet kan zeggen dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest. Daarbij is erop gewezen dat de wettelijke bepalingen zelfs toelaten, in ruimere mate dan in het aanvankelijke Ontwerp Meijers, dat door partijen een zakelijke last wordt gecreëerd die verplicht tot een doen.

Ten eerste kan de last die een erfdienstbaarheid op het dienende erf legt, krachtens art. 5:71 lid 1 BW mede bestaan uit de verplichting tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van die erfdienstbaarheid nodig zijn, mits deze gebouwen en werken zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf zullen bevinden.<sup>121</sup>

Ten tweede is in lid 2 bepaald dat de last ook louter kan bestaan uit de verplichting tot onderhoud van het dienende erf of de gebouwen, werken of beplantingen daarop. Met deze mogelijkheid om aanvullende verplichtingen op te leggen in de vorm van een beperkt recht heeft de wetgever

120 MvA II bij art. 5:71 BW (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 257-258.

121 Deze verplichting tot het aanbrengen van gebouwen of werken moet onderschikt zijn aan de hoofdverplichting tot een dulden. In HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m.nt. WMK (wateronttrekking te Koewacht) is het beroep op het ontstaan van een erfdienstbaarheid door verjaring afgewezen, omdat de plicht tot aanleg en onderhoud van een waterleiding werd aangemerkt als de hoofdverplichting en niet als een nevenverplichting naast de plicht te dulden dat water uit een kreek werd betrokken.

willen voorzien in een grote praktische behoefte, bijvoorbeeld van een gemeente die als eigenaar van een openbare straat of plein aan de eigenaars van naburige huizen de plicht wil opleggen om de tuintjes aan de voorzijde te onderhouden, of aan de behoefte van die eigenaars om een dergelijke plicht aan elkaar op te leggen. Wat de onderhoudsverplichting betreft, heeft de wetgever erop gewezen dat het niet mogelijk is om te verplichten tot onderhoud van een aan een derde toebehorende brug, aangezien de wet alleen een plicht tot onderhoud van een werk op het dienende erf toestaat.<sup>122</sup>

### 6.6.3 ... en gezien nadere analyse ...

Het is dus op basis van de regeling van de erfdiensbaarheid, met name de last tot onderhoud of het oprichten van gebouwen, dat de wetgever heeft gesteld dat de leer van Van Opstall, hier aangeduid als het subtractieprincipe, niet ten grondslag ligt aan het goederenrecht in het BW. Bij nadere analyse is dit argument merkwaardig. Het recht van erfdiensbaarheid biedt juist geen krachtig argument om aan te tonen dat door middel van een beperkt recht ook aanvullende verplichtingen voor de beperkt gerechtigde kunnen worden gecreëerd die zonder het beperkte recht niet aan de moedergerechtigde zelf zouden toekomen.

Allereerst is van belang voor ogen te houden dat de eigenaar van het dienende erf moet worden vergeleken met een moedergerechtigde die ten aanzien van zijn goed in de vorm van een beperkt recht bevoegdheden toekent aan een beperkt gerechtigde. Gezien de bijzondere aard van het recht van erfdiensbaarheid is die beperkt gerechtigde ten aanzien van het bezwaarde registergoed steeds zelf gerechtigde tot een ander registergoed, dat het heersende erf wordt genoemd. Hiermee onderscheidt het beperkte recht van erfdiensbaarheid zich van de andere beperkte rechten: de hoedanigheid van beperkt gerechtigde is accessoir aan het volledige of het beperkte recht tot een ander registergoed. Men kan het recht van erfdiensbaarheid hierom 'dubbel zakelijk' noemen, maar dit is wellicht verwarrend, omdat met deze aanduiding verhuld wordt dat de beperkt gerechtigde bevoegdheden verkrijgt ten aanzien van een andere zaak.

---

122 MvA II bij art. 5:71 BW (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 258. Vermeld is nog dat aan een kettingbeding voor dergelijke verplichtingen tot een doen nadelen zijn verbonden en dat een kwalitatieve verplichting op grond van art. 6:252 BW niet steeds uitkomst biedt, aangezien een kwalitatieve verplichting tot een doen niet mogelijk is gemaakt en bovendien in geval van een onderhoudsplicht ten aanzien van tuintjes het corresponderende recht ook aan actieve zijde kwalitatief behoort te zijn.

Van belang is hier vooral dat de eigenaar van het heersende erf moet worden vergeleken met een beperkt gerechtigde.<sup>123</sup>

De wettelijke regeling van het recht van erfdienstbaarheid onderscheidt zich vervolgens van de regeling van alle andere beperkte rechten, doordat de focus is gericht op de moedergerechtigde die zijn registergoed met een beperkt recht bezwaart. Daar waar in de wettelijke omschrijvingen van de andere beperkte rechten de aandacht uitgaat naar de bevoegdheden die aan de beperkt gerechtigde worden toegekend, staat in de beschrijving van het recht van erfdienstbaarheid in art. 5:70 BW de last die de moedergerechtigde aanvaardt centraal. Pas in art. 5:75 BW komen de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde nog aan de orde.

Beziet men met deze gegevens in het achterhoofd opnieuw de last die de eigenaar van het dienende erf aanvaardt, dan gaat het in de regel om een verplichting om iets te dulden of niet te doen. Hiermee correspondeert een bevoegdheid van de eigenaar van het heersende erf als beperkt gerechtigde tot het dienende erf om iets te doen respectievelijk de aanspraak dat de moedergerechtigde iets niet zal doen.<sup>124</sup> Zo bezien is er geen verschil met elk ander beperkt recht: de moedergerechtigde moet gedogen dat de beperkt gerechtigde de hem toegekende bevoegdheden met betrekking tot het goed van de moedergerechtigde uitoefent. Het gaat bij

123 Evenzo is degene die schuldenaar is van een kwalitatieve verbintenis in de zin van art. 6:252 BW met betrekking tot zijn registergoed vergelijkbaar met de moedergerechtigde die een beperkt recht vestigt ten laste van zijn goed.

124 De wetgever heeft bewust bepaald dat de verplichting van de eigenaar van het dienende erf om iets te dulden of niet te doen, betrekking kan hebben op zowel het dienende erf als het heersende erf. Goederenrechtelijk is dit op het eerste gezicht merkwaardig, omdat hiermee het recht van erfdienstbaarheid toch 'dubbel verzakelijkt' lijkt te worden. De plicht kan immers ook betrekking hebben op de zaak die toebehoort aan de beperkt gerechtigde. Bij nader inzien gaat het echter ook hier om de bevoegdheden met betrekking tot de zaak die door de moedergerechtigde is bezwaard. In MvA II bij art. 5:71 BW (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 257, zijn vier groepen van erfdienstbaarheden genoemd, die te allen tijde als zodanig erkend zouden zijn geweest. De tweede van die vier groepen bestaat uit het geval dat de eigenaar van het dienende erf iets niet mag doen op het heersende erf, wat hij zonder erfdienstbaarheid als eigenaar van het (kennelijk: dienende) erf wel zou mogen doen. Het gaat dan om bijzondere burenenrechtelijke bevoegdheden, zoals die tot het oprichten van een steiger op andermans erf, zoals geregeld in art. 5:56 BW. Dit is een bevoegdheid ten aanzien van het buurerf, die deel uitmaakt van het pakket bevoegdheden dat voortvloeit uit de eigendom van het dienende erf. Door met betrekking tot het heersende erf een verplichting om niet te doen te aanvaarden geeft de eigenaar van het dienende erf een bevoegdheid prijs, zoals elke moedergerechtigde doet wanneer hij een beperkt recht vestigt. Aangezien de bevoegdheid deel uitmaakt van de eigendom van de bezwaarde zaak behoeft de verwijzing naar het heersende erf in art. 5:71 lid 1 BW niet te worden opgevat als een doorbreking van het standaardpatroon waarin het beperkte recht een bezwaring vormt van (de eigendom van) het dienende erf.

een last die de eigenaar van het dienende erf verplicht tot een dulden of een niet-doen, dus steeds om bevoegdheden en rechten van de beperkt gerechtigde.

Dan de verplichtingen tot het oprichten van gebouwen op het dienende erf of tot het verrichten van onderhoud van het dienende erf en van gebouwen en beplantingen daarop. Het gaat hier opnieuw om een verplichting die door de moedergerechtigde wordt aanvaard, en dus om een bevoegdheid of een aanspraak die aan de beperkt gerechtigde wordt toegekend. Van een verplichting die door de partijen op de schouders van de beperkt gerechtigde wordt gelegd, is dus geen sprake.<sup>125</sup> Het beroep op art. 5:71 lid 2 BW biedt derhalve geen deugdelijk grond voor de stelling van de wetgever dat de leer van Van Opstall niet verenigbaar is met de wet. De regeling van de erfdienstbaarheden biedt immers in geen enkel opzicht de ruimte om aan de beperkt gerechtigde verplichtingen op te leggen die de moedergerechtigde zelf niet heeft. Hoogstens toont art. 5:71 lid 2 BW aan dat het recht het in het kader van het recht van erfdienstbaarheid mogelijk maakt dat de moedergerechtigde 'verzakelijke verplichtingen' ten laste van zijn registergoed creëert, en wel verplichtingen van de zwaarste soort, namelijk verplichtingen tot een doen. Dit betekent dat een eigendomsrecht niet slechts uit bevoegdheden kan bestaan, maar ook uit de bijzondere verplichtingen tot een doen waarvoor art. 5:71 lid 2 BW de ruimte biedt. Het subtractieprincipe zou dan kunnen meebrengen dat een vergelijkbare verplichting ook ten laste van de beperkt gerechtigde zou kunnen worden gevestigd. Een ontkrachting van de leer van Van Opstall is hierin echter niet gelegen.

#### 6.6.4 ... vermoedelijk wel ...

Gezien de mogelijke weerlegging van de bedenkingen tegen de door Van Opstall verwoorde leer en gezien de ondeugdelijkheid van de argumenten die door de wetgever hiertegen in stelling zijn gebracht, is het nog een open vraag in hoeverre het subtractieprincipe ten grondslag ligt aan het geldende Nederlandse goederenrecht inzake de vestiging van beperkte rechten. Als het subtractieprincipe geldt, kan aan een beperkt gerechtigde geen verplichting worden opgelegd als onderdeel van het beperkte recht maar alleen een bevoegdheid worden toegekend.

De wetgever lijkt ervan uit te zijn gegaan dat het wel mogelijk is om aan de beperkt gerechtigde verplichtingen op te leggen. Afgezien van de

---

125 Wel bepaalt de wet in art. 5:75 lid 3 BW dat de beperkt gerechtigde verplicht is tot onderhoud van het door hem op het dienende erf aangebrachte.

besproken passage uit de memorie van antwoord in het kader van het recht van erfdienstbaarheid is in de memorie van antwoord bij de regeling van de kwalitatieve verbintenis nog aandacht besteed aan de mogelijkheid om verplichtingen op te leggen:

"Tenslotte meent de ondergetekende er ter vermindering van misverstand nog op te moeten wijzen dat artikel 6.252 niet mag worden gezien als de opvolger van de regel dat partijen beperkte rechten als erfpacht, vruchtgebruik en erfdienstbaarheden binnen bepaalde grenzen zelf kunnen vormen door bij de vestiging bijkomende verplichtingen (soms. verbintenissen) op zich te nemen, die dan onderdeel van het recht uitmaken. Deze laatste mogelijkheid blijft ook in het nieuwe wetboek bestaan, men zie de memorie van antwoord betreffende Boek 5."<sup>126</sup>

Deze opmerking van algemene strekking is discutabel, aangezien enigszins mysterieus is wat de bron is voor de veronderstelde regel dat partijen beperkte rechten zelf kunnen aanvullen door bijkomende verplichtingen op zich te nemen, die dan onderdeel gaan uitmaken van het beperkte recht.<sup>127</sup> Hier komt nog bij dat ook deze passage bij nadere analyse niet eenduidig is. Hierboven is al opgemerkt dat degene die een verbintenis met betrekking tot zijn registergoed aanvaardt en daaraan kwalitatieve werking in de zin van art. 6:252 BW toekent, vergeleken moet worden met een moedergerechtigde die een beperkt recht vestigt. Zoals een erfdienstbaarheid creëert een kwalitatieve verbintenis geen verplichtingen voor de beperkt gerechtigde maar voor de moedergerechtigde. Toch lijkt het erop dat de auteur van de memorie van antwoord wel bijkomende verplichtingen voor de beperkt gerechtigde op het oog heeft gehad, aangezien wordt vermeld dat deze onderdeel zouden gaan uitmaken van 'het recht'. Gezien de context is hiermee kennelijk bedoeld op het gevestigde beperkte recht en niet op het moederrecht waaruit het beperkte recht wordt afgesplitst.

De veronderstelling van de wetgever dat aan de beperkt gerechtigde verplichtingen kunnen worden opgelegd blijkt verder uit de Algemene opmerkingen over boek 5: het voldoende verbandvereiste, dat in § 2 is besproken, beoogt te reguleren in hoeverre men 'bevoegdheden en ver-

126 MvA II bij art. 6.252 lid 1 (d d. 30 januari 1976), PG 6, p. 945. Onduidelijk is naar welke passage in de MvA boek 5 is bedoeld te verwijzen. Gezien de literatuurverwijzingen in het VV kan de geciteerde passage zijn ingegeven door een artikel van P.W. van der Ploeg in WPNR 4723 en 4738 (1962), en door de publicatie van het Rapport Commissie Verbintenissenrecht over titel 5 van boek 6 NBW, Broederschap der Notarissen, WPNR 4982 (1968), p. 66-86.

127 In het oude BW bepaalden art. 764 en art. 782 voor het recht van opstal respectievelijk erfpacht dat door middel van een overeenkomst kon worden afgeweken van de bepalingen die de inhoud van die rechten regelden. De vrijheid om aan de partijen ook aanvullende verplichtingen op te leggen, was hiermee niet uitdrukkelijk in de wet verwoord.

plichtingen welke de wet niet regelt, tot de inhoud van het goederenrechtelijke recht' kan maken. Uit sommige van de door de wetgever gegeven voorbeelden in het kader van het voldoende verbandvereiste kan worden afgeleid dat de wetgever hierbij heeft gedacht aan verplichtingen zoals het betalen van een boete of van de belastingen die de grond betreffen, het niet opzeggen of afstand doen van het beperkte recht, en het verdelgen van ratten. Opvallend is dat deze voorbeelden niet gelijksoortig zijn. De verplichting tot het niet opzeggen betreft het beperkte recht en niet zozeer het goed waarop dat recht betrekking heeft. Hetzelfde geldt voor de verplichting een boete te betalen wanneer de beperkt gerechtigde zijn bevoegdheden te buiten gaat. De draagplicht voor grondbelastingen kan worden gezien als een onderdeel van de retributie- of canonverplichting of anderszins als onderdeel van de door de beperkt gerechtigde verschuldigde vergoeding. De verplichting tot het verdelgen van ratten is weer van ander orde, niet alleen omdat het gaat om een verplichting tot een handelen maar ook omdat deze verplichting wel rechtstreeks betrekking heeft op het gebruik en het genot van de zaak die met het beperkte recht is bezwaard.

Voor de beoordeling van het subtractieprincipe lijkt het nuttig om te preciseren wat de aard is van een aan de beperkt gerechtigde opgelegde verplichting. Wanneer bijvoorbeeld aan een erfpachter de verplichting wordt opgelegd om een bepaalde kleur te gebruiken voor het schilderwerk aan de voorgevel, gaat het om een verplichting die de gebruiksbevoegdheid van de erfpachter nader afbakt: de bevoegdheid tot gebruik van het in erfpacht gegeven terrein omvat mede de bevoegdheid tot het schilderen van de gebouwen, maar dit aspect van de gebruiksbevoegdheid is beperkt tot een bepaalde kleur. Een dergelijke verplichting die een nadere afbakening vormt van de aan de beperkt gerechtigde toegekende bevoegdheden, is typisch een 'insnoerende verplichting' zoals beschreven in § 6.6.1. Een dergelijke verplichting is in wezen geen verplichting. Dit betekent dat het subtractieprincipe geen belemmering hiervoor oplevert, en vice versa, dat aan een dergelijke 'verplichting' geen argument kan worden ontleend voor de stelling dat het subtractieprincipe niet bestaat.

Het wordt anders wanneer aan de erfpachter of de opstaller de verplichting wordt opgelegd om de opstallen te schilderen of om ongedierte te bestrijden. Dergelijke verplichtingen zijn niet aan te merken als een nadere afbakening van de gebruiksbevoegdheid. Daarom zijn ze in beginsel onverenigbaar met het subtractieprincipe, aangezien een dergelijke verplichting in beginsel geen deel uitmaakt van het eigendomsrecht, behalve wanneer de verplichting voortvloeit uit het burennrecht zoals denkbaar is voor een verplichting tot ongediertebestrijding. Overigens kunnen de ge-

noemde voorbeelden waarschijnlijk ook worden gerubriceerd als een ver-  
bijzondering van de onderhoudsverplichtingen ten laste van de beperkt  
gerechtigde, waarvoor de wet op verschillende plaatsen een grondslag  
biedt.<sup>128</sup> Het gaat dan dus om een nadere afbakening van een verplichting  
van de beperkt gerechtigde die van rechtswege bestaat. Van een met het  
substractieprincipe onverenigbare aanvullende verplichting voor de be-  
perkt gerechtigde is dan geen sprake. Toch zetten de verplichtingen in de-  
ze voorbeelden verder te denken, aangezien zij de beperkt gerechtigde  
verplichten tot een handelen.

#### 6.6.5 ... voor verplichtingen in *faciendo*

Bij de nadere groepering van de verschillende soorten verplichtingen die  
als onderdeel van een beperkt recht aan de beperkt gerechtigde worden  
opgelegd, vormen de verplichtingen tot een handelen of een geven een  
afzonderlijke categorie. Dergelijke verplichtingen zijn in rechtshistorisch  
en rechtsvergelijkend perspectief altijd met de grootst mogelijke argwaan  
bekeken.<sup>129</sup> Van grote invloed is het verbod op erfdienstbaarheden die  
verplichten tot een handelen: *servitus in faciendo consistere nequit, sed  
tantummodo in patiendo aut in non faciendo*, een maxime dat is gebaseerd op  
een tekst uit de Digesten.<sup>130</sup> Dit uitgangspunt ligt ten grondslag aan het  
recht inzake erfdienstbaarheden van vrijwel alle rechtsstelsels gebaseerd  
op het *ius commune*. In Blaauboer/Berlips is hieraan een argument ont-  
leend om aan een verbintenis uit overeenkomst ten laste van de eigenaar  
derdenwerking te ontzeggen.<sup>131</sup> In het BW maken art. 5:71 BW inzake de  
last die door middel van een erfdienstbaarheid kan worden gecreëerd,  
evenals art. 6:252 BW, dat slechts kwalitatieve verbintenissen toelaat die  
verplichten tot een dulden of een niet-doen, duidelijk dat ook in Neder-  
land het wettelijke net rond verplichtingen tot een doen strak is getrok-  
ken.<sup>132</sup>

128 Genoemd is al art. 5:75 lid 3 BW.

129 Zie § 5.3.

130 D.8.1.15.1: 'servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis (..) sed ut aliquid  
patiat aut not faciat'.

131 Zie het citaat in § 2.3.1.

132 Zie TM bij art. 6:252, PG 6, p. 936: "Alleen verplichtingen om iets te dulden of niet  
te doen kunnen krachtens het onderhavige artikel tot kwalitatieve verplichtingen  
worden gemaakt. Het verbinden van andere verplichtingen aan het recht op een  
goed dient niet te worden aangemoedigd; evenals bij de erfdienstbaarheden moet  
erfor worden gewaakt dat de verplichtingen niet op een nieuwe vorm van horig-  
heid gaan gelijken." Vgl. HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m.nt. WMK (wateront-  
trekking te Koewacht). In HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 297 m.nt. WMK, is het gege-  
ven dat erfdienstbaarheden slecht kunnen bestaan uit een dulden of niet-doen ge-



Hierboven in § 6.6.3 is echter uiteengezet dat het bij een erfdiensbaarheid en een kwalitatieve verbintenis niet gaat om de positie van de beperkt gerechtigde maar om die van de moedergerechtigde die zijn erf bezwaart met de last in de vorm van de erfdiensbaarheid respectievelijk een kwalitatieve verbintenis. Desondanks mag het verbod worden geabstraheerd en relevant worden geacht voor elke vorm van verplichting met kwalitatieve werking, zo blijkt uit een opmerking van de Tweede Kamercommissie:

'Een zo ruime uitbreiding van het bereik van de onderhavige bepaling als door J Th Smalbraak voorgesteld, waardoor in het algemeen verplichtingen die een doen of een geven tot inhoud hebben, aan de passieve kant kwalitatief zouden kunnen worden gemaakt, komt de Commissie onaanvaardbaar voor.'<sup>133</sup>

Ook in de Nederlandse literatuur lijkt het algemene uitgangspunt te worden gehuldigd dat een goederenrechtelijk recht nooit kan verplichten tot een handelen of een geven. Bij een analyse van de inhoud die aan een recht van erfpacht kan worden gegeven, schrijft Kleijn:

"Het lijkt een beginsel van goede rechtsorde, dat iemand bij de verkrijging van een bepaald goed niet automatisch allerlei verplichtingen om te doen op zijn dak krijgt, daarvoor is toch nodig dat de toekomstige debiteur vrijwillig deze verplichtingen op zich neemt"<sup>134</sup>

Verplichtingen tot een doen kunnen daarom volgens Kleijn geen onderdeel van het recht van erfpacht uitmaken en dienen te worden gegoten in de vorm van een kettingbeding.

Aangenomen dat naar Nederlands recht het uitgangspunt geldt dat bij de vestiging van een beperkt recht behoudens wettelijke uitzonderingen geen aanvullende verplichting *in faciendo* kan worden opgelegd aan ofwel de moedergerechtigde ofwel de beperkt gerechtigde, kan dit uitgangspunt in verband worden gebracht met het subtractieprincipe. Het is ook mogelijk het uitgangspunt rechtstreeks met het gesloten systeem in verband te

---

bruikt als argument voor het oordeel dat een erfdiensbaarheid niet kan leiden tot doorbreking van natrekking op grond van art 5:20 BW

133 VV II bij art 6:252 (d.d. 15 september 1975), PG 6, p. 961

134 W.M. Kleijn, *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, Vereniging voor Bouwrecht, 1979, p. 25. Zie in dezelfde zin Van Velten, *preadvies KNB 1995*, § 1.4.5 op p. 49, en in *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.8, p. 437, A.J.H. Pleysier, *Losbladige Zakelijke rechten*, *Algemene inleiding bij titel 5.7*, aant. 2.65.2. Anders J. de Jong, *Erfpacht en opstal*, *Mon. Nieuw BW B-28*, 2<sup>e</sup> druk 1995, § 13 op p. 19, en in haar recensie van de preadviezen KNB 1995, WPNR 6190 (1995), p. 525 r.k.

brengen.<sup>135</sup> Het subtractieprincipe is immers een onderdeel van dit systeem.

Toch is er een zelfstandige rol weggelegd voor het subtractieprincipe, ook wanneer strikt de hand wordt gehouden aan de *numerus clausus*. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is gebleken dat de ruimte voor de partijautonomie in het goederenrecht is afgebakend in de kernpassages van de Toelichting Meijers over boek 5; de vrijheid van partijen om zelf de inhoud van een goederenrechtelijk recht te bepalen bestaat voor zover de wet een afwijkende regeling toelaat, maar ook voor wat betreft 'het gebied, waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt'. Juist hier, binnen de door de wetgever geschetste marges van de *numerus clausus*, kan het van belang zijn of er in het algemeen de vrijheid bestaat om bij de vestiging van een beperkt recht een verplichting tot een doen daarvan deel te laten uitmaken. Het subtractieprincipe zou als algemene beperking die besloten ligt in het goederenrechtelijk systeem - één van de 'bepaalde grenzen' waarnaar in de hierboven geciteerde passage uit de memorie van antwoord<sup>136</sup> wordt verwezen -, daaraan in de weg kunnen staan. Dan kan worden aangenomen dat een verplichting tot een doen alleen dan onderdeel van een goederenrechtelijk recht kan uitmaken, wanneer de wet daarvoor uitdrukkelijk ruimte biedt. Wanneer de wet niet uitdrukkelijk ruimte biedt, geldt op grond van het subtractieprincipe de algemene beperking op de partijautonomie dat geen aanvullende zakelijke plichten *in faciendo* kunnen worden gecreëerd, zelfs niet wanneer de wet zich op dit punt van een regeling onthoudt ten aanzien van een bepaald type beperkt recht.

Wanneer de *numerus clausus* en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem ter discussie worden gesteld en meer soeplesse wordt verlangd, wordt van groter belang dat wordt vastgesteld in hoeverre het subtractieprincipe bestaat. Juist ten aanzien van de verzakelijking van verplichtingen tot een doen wordt, mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief, soms de vraag opgeworpen of het niet nuttig zou zijn om daarvoor

135 Aldus W.G. Huijgen, *Erfpacht en publiekrecht*, preadvies KNB 1995, § 3.3.3.2, op p. 157. "het feit dat ons goederenrecht nu eenmaal een gesloten systeem kent, brengt met zich mee dat partijen niet naar eigen goeddunken nieuwe goederenrechtelijke rechten in het leven kunnen roepen en voorts dat men bij het inhoud geven aan een beperkt goederenrechtelijk recht, zoals erfpacht, binnen de grenzen van de definitie van dat beperkte recht en haar wettelijke regeling dient te blijven. Mijs inziens leidt dit, ook in het bredere verband van het onderscheid van goederenrecht versus verbintenissenrecht bezien, tot de conclusie dat, behoudens voorzover uit de wet anders voortvloeit, geen verplichtingen om te doen tot onderdeel van het zakelijk recht van erfpacht kunnen worden gemaakt."

136 MvA II bij art. 6:252 lid 1 (d.d. 30 januari 1976), PG 6, p. 945.

meer ruimte te bieden.<sup>137</sup> Daarbij stuit men onvermijdelijk op het basale dilemma tussen enerzijds in beginsel volledige partijautonomie met correctiemechanismen en anderzijds stapsgewijze uitbreiding in de wet van de gevallen waarin voor aanvullende verzakelijke plichten *in faciendo* ruimte wordt geboden.

## 6.7 Bevindingen

Het is nuttig om de beperkingen die uit het goederenrechtelijk systeem voortvloeien voor de vestiging en de aanvulling van de inhoud van goederenrechtelijke rechten, met elkaar in verband te brengen en te doorgronden. In § 6.5.2 is al aandacht besteed aan het arrest uit 1977, waarin de belastingkamer van de Hoge Raad het voldoende verbandvereiste heeft ingevuld met een verwijzing naar het wezen van het erfpachtsrecht. De casus van dit arrest vormt een interessant kader voor een inventariserende analyse in § 6.7.1 van de beperkingen op de partijautonomie bij de vestiging van beperkte rechten. Deze analyse leidt tot een beschouwing in § 6.7.2 over de dogmatische consequenties van de vestiging van een beperkt recht voor het moederrecht, met name wat betreft de verplichtingen die uit de vestiging van het beperkte recht voortvloeien voor de moeder-gerechtigde. De vraag rijst in hoeverre het uitmaakt of de overeengekomen bevoegdheden en verplichtingen onderdeel uitmaken van het gevestigde goederenrechtelijke recht; de derdenwerking van rechten die niet goederenrechtelijk zijn komt in § 6.7.3 aan de orde. In § 6.7.4 volgt een synthese van de bevindingen uit de voorgaande paragrafen, die ten slotte in § 6.7.5 wordt losgelaten op enige casuïstiek.

### 6.7.1 Het arrest uit 1977 herbezien

Het arrest betrof een recht van erfpacht dat door de gemeente Rotterdam was verleend met betrekking tot een perceel in het havengebied.<sup>138</sup> Voor het gebruik van dit perceel was toegang via het water van groot belang.

---

137 Zie o.a. H.W. Heyman, Blaauboer/Berlups - Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer, *Rechtspraak klassiek*, NTBR 2002/7, p. 305/§6; in het kader van erfpacht Heyman, *Contents of the Real Right: Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 79: "Both from a dogmatic and a historic point of view positive obligations seem to be essential elements of a long lease. So why being reluctant, even as an academic lawyer, to create new ones where practice asks for them to meet socially justified needs?"; en J.H.M. van Erp, *Positive duties in the grey area between contract and property*, in: *Contents of Real Rights*, 2004, p. 149-162.

138 HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 m.nt. WMK.

De gemeente had zich daarom verplicht om het aangrenzende vaarwater op diepte te houden en de kademuur te onderhouden. Deze verplichting was opgenomen in de akte van vestiging van het recht van erfpacht. De erfpachter had zich verplicht tot betaling van een vergoeding voor de onderhoudswerkzaamheden van de gemeente. In het arrest stond deze betalingsverplichting centraal: om fiscale redenen was het van belang om uit te maken of deze verplichting onderdeel uitmaakte van het zakelijke recht van de erfpachter. De belastingkamer van de Hoge Raad oordeelde dat deze vergoeding was te beschouwen als een onderdeel van de door de erfpachter verschuldigde canon, omdat de onderhoudsverplichting deel uitmaakte van het samenstel van rechten en verplichtingen van het gevestigde erfpachtsrecht. De casus is in het licht van dit hoofdstuk om verschillende redenen opmerkelijk.

Ten eerste was op de keper beschouwd geen sprake van een verplichting die een moedergerechtigde aanvaardt ten opzichte van de beperkt gerechtigde met betrekking tot de bezwaarde zaak. De moedergerechtigde nam in dit geval een verplichting op zich, niet om het met erfpacht bezwaarde perceel zelf te onderhouden, maar om een aangrenzend perceel op diepte te houden. De gemeente als moedergerechtigde was in dit geval ook eigenaar van het aangrenzende perceel met het vaarwater. Het ging dus strikt genomen om een verplichting die de moedergerechtigde op zich nam ten aanzien van een perceel dat buiten de reikwijdte van het verleende beperkte recht viel. De situatie doet hiermee enigszins denken aan het geval dat in de memorie van antwoord is genoemd in het kader van het recht van erfdiensbaarheid: het werd niet mogelijk geacht dat eigenaars van percelen door middel van erfdiensbaarheden jegens elkaar de verplichting aanvaardden om een brug op het perceel van een derde te onderhouden, aangezien een onderhoudsverplichting alleen kan zien op gebouwen of werken die zich op het dienende erf bevinden, zoals ook uitdrukkelijk is bepaald in art. 5:71 lid 2 BW.<sup>139</sup> Het staat niet vast, maar het is wel aannemelijk, dat een vergelijkbare beperking geldt voor het recht van erfpacht, zodat ook door middel van een recht van erfpacht alleen ten aanzien van de in erfpacht uitgegeven zaak rechten, bevoegdheden of verplichtingen kunnen worden gecreëerd. Aan de erfverpachter kan dus geen verzakelijkte verplichting ten aanzien van een andere zaak worden opgelegd, aangezien daarmee een recht voor de erfpachter ten aanzien van die andere zaak zou ontstaan. Naar huidig recht had de gemeente ervoor kunnen kiezen om het perceel met het openbare vaarwater ten gun-

---

139 MvA II bij art. 5:71 BW (d d 16 oktober 1972), PG 5, p. 258

ste van het belendende in erfpacht uitgegeven perceel te belasten met de erfdiensbaarheid tot onderhoud van het vaarwater.<sup>140</sup>

Ten tweede gaat het in de casus van het arrest om verplichtingen *in faciendo*. De verplichting van de erfpachter tot betaling van een vergoeding kan worden aangemerkt als een verplichting tot een geven, maar het is een verplichting *in faciendo* van een soort die van oudsher wordt aanvaard; canon- en retributieverplichtingen maakten in het verleden een dwingendrechtelijk onderdeel uit van de beperkte genotsrechten. Verder is ook de verplichting van de gemeente tot onderhoud van de kademuur en tot uitdieping van het vaarwater een verplichting tot een doen die zij als erfverpachter op zich heeft genomen. Hiervoor geldt het algemene bezwaar - dat in de vorige paragraaf is gekoppeld aan het subtractieprincipe - dat verplichtingen *in faciendo* naar de heersende opvattingen in beginsel geen onderdeel kunnen uitmaken van een goederenrechtelijk recht. Echter, bij nadere beschouwing kunnen de verplichtingen die de gemeente Rotterdam in dit geval op zich had genomen waarschijnlijk worden aangemerkt als onderhoudsverplichtingen. Naar thans geldend recht kunnen deze op grond van art. 5:96 BW op de schouders van de erfverpachter worden gelegd.<sup>141</sup>

140 Voor zover het vaarwater in het havengebied of een andere onroerende zaak een publieke bestemming heeft, staat dit naar Nederlands recht niet aan privaatrechtelijke vervreemding of bezwaring met een beperkt recht in de weg, ook niet wanneer de zaak toebehoort aan een overheid. De publieke bestemming blijft dan bindend voor de rechtsverkriger. De wet schept in art. 5:26-28 BW slechts een vermoeden dat sprake is van eigendom van de Staat, anders dan in art. 5:25 BW, waar is bepaald dat de zeebodem eigendom 'is' van de Staat. Uit MvA II bij art. 5.25, PG 5, p. 136, blijkt dat dit onderscheid met opzet is gemaakt. Overigens is ten aanzien van zelfs de zeebodem uitdrukkelijk vermeld in TM bij art. 5.25, PG 5, p. 134, dat het artikel zich niet verzet tegen vestiging van beperkte zakelijke rechten. Anders dan in Nederland en in Duitsland zijn 'openbare zaken' van een publiekrechtelijke rechtspersoon in het Franse recht onvervreemdbaar. Zie verder H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, 1993, p. 11. Anders. G.E. van Maanen in Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 551-552.

141 Deze bepaling is blijkens art. 5:104 BW niet van overeenkomstige toepassing op het recht van opstal. De regeling in titel 5.8 BW brengt ook niet anderszins mee dat degene die een recht van opstal vestigt, gehouden is om het onderhoud te plegen dat nuttig of nodig is voor de genotsbevoegdheid die door middel van een recht van opstal aan de opstaller wordt toegekend. Op grond van de omschrijving van de bevoegdheden van de opstaller in art. 5:102 BW is aannemelijk dat de opstaller zelf wel het noodzakelijke onderhoud mag plegen, maar hieruit valt niet af te leiden dat het mogelijk is om degene die het opstalrecht vestigt, te belasten met een dergelijke verplichting, zodanig dat deze verplichting deel gaat uitmaken van het zakelijke recht. Mede gezien art. 5:71 lid 2 BW is wellicht verdedigbaar dat aan de wettelijke regeling van de verschillende genotsrechten het algemene uitgangspunt ten grondslag ligt dat verplichtingen *in faciendo* van de soort onderhoudsverplichtingen

Ten derde is opvallend dat het arrest mede de onderhoudsverplichting van de gemeente als erfverpachter lijkt te betreffen, terwijl de betalingsverplichting van de erfpachter de kern van het geschil met de belastingdienst vormde. Met deze verplichting correspondeert het recht van de gemeente als erfverpachter op betaling van de vergoeding. Het al dan niet goederenrechtelijke karakter van de vergoedingsplicht is echter niet zelfstandig beschouwd, maar in verband met de onderhoudsverplichting die de achtergrond vormde voor de vergoedingsplicht. Het hof had feitelijk vastgesteld dat het onderhoud van de kade en het vaarwater in rechtstreeks verband stond met het genot van het in erfpacht uitgegeven terrein en ook dat de door de erfpachter te betalen vergoedingen alle betrekking hadden op het genot op grond van het recht van erfpacht. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat hieraan terecht de gevolgtrekking was verbonden dat de betalingsverplichting deel uitmaakte van het samenstel van rechten en verplichtingen die besloten lagen in het zakelijk recht. Of hiermee is bedoeld dat ook de onderhoudsverplichting van de erfverpachter deel is gaan uitmaken van het zakelijke recht, blijkt bij precieze lezing niet in het arrest te staan.<sup>142</sup>

#### 672 *Gevolgen voor het moederrecht*

Met deze derde constatering rijst een vraag die nog niet eerder in dit hoofdstuk is gesteld. Het is onduidelijk wat de positie is van de moedergerechtigde aan wie bij de vestiging van het beperkte recht verplichtingen zijn opgelegd, meer in het bijzonder een verplichting tot een handelen. Deze onduidelijkheid over de goederenrechtelijke status van additionele plichten van de moedergerechtigde klemmt des te meer in situaties waarin van belang is of deze verplichtingen van de moedergerechtigde ook bindend zijn voor rechtsopvolgers onder bijzondere titel met betrekking tot het bezwaarde goed.

---

tingen als onderdeel van deze genotsrechten kunnen worden opgelegd aan de moedergerechtigde

142 Rank-Berenschot, diss. p. 112, met verwijzing naar A. J. H. Pleysier, Nogmaals over het besparen van overdrachtsbelasting bij het vestigen van beperkte zakelijke rechten, WPNR 5621 (1982), p. 557, merkt op dat gesteld kan worden dat het arrest alleen iets zegt over aanvullende bevoegdheden en niet over aan de beperkt gerechtigde opgelegde doen-verplichtingen.

### 6.7.2.1 Voorbeelden

Praktisch relevante voorbeelden zijn er te over. Zoals hierboven bleek, is bij de vestiging van de zakelijke genotsrechten goed denkbaar dat de moedergerechtigde belast wordt met een onderhoudsverplichting. In de sfeer van de zekerheidsrechten verlangt de zekerheidsgerechtigde in allerlei situaties dat de zekerheidsgever zich verbindt om met betrekking tot het in zekerheid gegeven goed iets te doen. Denkbaar is de situatie waarin de eigenaar van een wagenpark bij de vestiging van een stil pandrecht ten behoeve van de pandhouder de verplichting aanvaardt om door verhuur van het verpande object extra inkomsten te genereren. Nog meer voor de hand liggend is een verplichting van de pandgever jegens de pandhouder om de verpande zaak te verzekeren met het oog op de zaaksvervangingsregel in art. 3:229 BW.<sup>143</sup> Voor een stil pandhouder van vorderingen is van belang dat de pandgever zich verplicht om namen en adressen van de debiteuren van de stil verpande vorderingen te verschaffen.<sup>144</sup> Een ander voorbeeld is de verplichting die in de pandakte op de pandgever wordt gelegd om mee te werken aan een verhuurconstructie wanneer de pandhouder dit wenst om zijn positie ten opzichte van de fiscus te verbeteren door omzetting van zijn vuistloos pandrecht in een vuistpandrecht op grond van art. 3:237 lid 3 BW.<sup>145</sup> Bij een verpanding van aandelen is goed denkbaar dat de pandhouder omwille van het behoud van zijn onderpand de pandgever verplicht hem alle informatie te verschaffen die de pandgever als aandeelhouder krijgt.

In al deze voorbeelden gaat het om verplichtingen die bij de vestiging van het beperkte recht op de moedergerechtigde zijn gelegd. Dergelijke verplichtingen zullen vrijwel steeds deel uitmaken ofwel van de vestigingsakte, ofwel van daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden. Hiermee staat echter geenszins vast dat het om meer dan verbintenisrechtelijke verplichtingen van de moedergerechtigde gaat. De wet biedt immers geen ruimte voor 'verzakelijking' buiten de kaders die in dit hoofdstuk zijn geschetst. Daar waar de wet onvoldoende duidelijkheid

---

143 Door de bijzondere rangregel in lid 2 is het resultaat van deze zaaksvervangingsregel voor de pandhouder aantrekkelijker dan de constructie waarin de vordering op de verzekeraar als een toekomstige vordering bij voorbaat is verpand aan de pandhouder van de verpande vorderingen.

144 Controversieel is de vraag of de faillissementscurator gehouden is een dergelijke verplichting van de pandgever na te komen. Zie in bevestigende zin Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002/36.

145 Voor erkenning van de geldigheid van een dergelijk beding pleit N.E.D. Faber in zijn noot bij Rb. Breda 18 maart 1997, JOR 1997/45, p. 318.

biedt over de bevoegdheden en de verplichtingen van de betrokkenen bij een goederenrechtelijk recht, ontstaat onzekerheid.<sup>146</sup>

De vraag wat de aard is van de door de moedergerechtigde aanvaarde verplichtingen kan van groot praktisch belang zijn in alle gevallen waarin de moedergerechtigde zijn bezwaarde goed overdraagt aan een ander. Hierbij moet vooral gedacht worden aan de zakelijke genotsrechten. Bij de zekerheidsrechten doet een dergelijke situatie zich waarschijnlijk minder vaak voor. Meestal bevat de vestigingsovereenkomst een verbod aan de zekerheidsgever om het bezwaarde goed zonder toestemming van de zekerheidsgerechtigde over te dragen. Krachtens art. 3:83 BW heeft een dergelijk verbod geen goederenrechtelijke werking, maar slechts obligatoire. Deze is echter meestal voldoende om een overdracht van het bezwaarde goed door de zekerheidsgever te voorkomen, des te meer omdat een ongeoorloofde overdracht op grond van de kredietovereenkomst vrijwel altijd zal leiden tot onmiddellijke opeisbaarheid van de geseceerde vorderingen. Wel komt het bij een verpanding van aandelen voor dat de verpande aandelen met goedgevonden van de pandhouder door de pandgever worden overgedragen aan een andere vennootschap binnen een groep. In dergelijke situaties zal de rechtsopvolger van de pandgever meestal bereid zijn door middel van schuld- of contractoverneming de verplichtingen van de pandgever over te nemen.

Desalniettemin bestaan er situaties, met name bij de genotsrechten, waarin het voor de beperkt gerechtigde wel van praktisch belang kan zijn of de verplichtingen van de moedergerechtigde over gaan op een rechtsopvolger onder bijzondere titel: in hoeverre heeft een verplichting van de moedergerechtigde zaaksgevolg? Deze vraag bestaat eigenlijk uit drie te onderscheiden vragen: ten eerste de vraag of de in dit hoofdstuk geschetste criteria toelaten dat de verplichting wordt aangemerkt als een goederenrechtelijke verplichting, ten tweede, zo ja, hoe de goederenrechtelijke verplichting van de moedergerechtigde dogmatisch kan worden geïdentificeerd, en ten derde, zo geen sprake is van een goederenrechtelijke verplichting, of de verplichting van de moedergerechtigde op andere gronden derdenwerking kan hebben. De eerste vraag is al op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk aan de orde geweest en wordt verder beant-

146 Vgl. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 313-314, in het kader van de classificatie op basis van de inhoud van een verbintenis. "Bij huur en erfpacht geven de moderne rechtsstelsels gewoonlijk duidelijk aan welke der beide constructies gevolgd is en zo een zakelijk recht afgestaan wordt, welke verplichtingen dan uit het contract en welke uit het afgestane recht voortvloeien. Daarentegen is bij de pand-verhouding het laatste niet altijd scherp bepaald: hierbij wordt niet steeds nauwkeurig in de wet aangegeven of een verplichting van de pandhouder uit het pandrecht of uit de pandovereenkomst voortvloeit."



woord in § 6.7.4. De derde vraag komt aan de orde in § 6.7.3. De tweede vraag thans in § 6.7.2.2.

#### 6.7.2.2 Dogmatische duiding

De vraag in deze paragraaf is hoe de overeengekomen verplichtingen van de moedergerechtigde moeten worden geduid, indien zij op basis van de in dit hoofdstuk geschetste criteria kunnen worden aangemerkt als verplichtingen ten aanzien waarvan het gerechtvaardigd is deze gelijk te behandelen als de rechten en plichten die van rechtswege voortvloeien uit het gevestigde beperkte recht. Een mogelijke dogmatische verklaring is dat de inhoud van het moederrecht waaruit het beperkte recht wordt afgesplitst, door de vestiging van dat beperkte recht een wijziging ondergaat, zodat een verplichting ten behoeve van de beperkt gerechtigde onderdeel gaat uitmaken van het moederrecht. Dan wordt zaaksgevolg vanzelfsprekend op basis van het nemo plus-principe.

Bij nadere overdenking is deze benadering niet zonder dogmatische complicaties. De benadering zou betekenen dat een eigenaar door vestiging van bijvoorbeeld een recht van erfpacht een inhoudelijke wijziging aanbrengt in zijn eigendomsrecht, dat voor hem voor de duur van het beperkte recht niet alleen bevoegdheden zou scheppen maar ook verplichtingen, wellicht zelfs tot een handelen. Het is onwaarschijnlijk dat de eigenaar zijn eigendomsrecht zo vermag te wijzigen. Een vorm van nader door de betrokkenen zelf gereguleerde eigendom is in het Nederlandse recht - nog - niet erkend, zoals zal blijken in § 9.2.2.2. De complicatie blijkt nog duidelijker wanneer een ander goed wordt genomen. De bevoegdheden van de crediteur van een vorderingsrecht worden bepaald door de inhoud van dat vorderingsrecht. Wanneer deze crediteur zijn vorderingsrecht met een beperkt recht bezwaart, en daarbij verplichtingen ten opzichte van de beperkt gerechtigde op zich neemt, kan niet worden volgehouden dat de inhoud van het vorderingsrecht daardoor wordt beïnvloed. In de relatie tot de debiteur van dat vorderingsrecht speelt de verplichting van de crediteur ten opzichte van de beperkt gerechtigde geen enkele rol.

Men komt er vermoedelijk ook niet wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen de bevoegdheden die voor de rechthebbende tot een goed uit de inhoud van dat goed voortvloeien en de algemene bevoegdheden voor een rechthebbende die met betrekking tot elk goed bestaan. Hierbij gaat het in het bijzonder om de bevoegdheid tot beschikken. Een eventuele verplichting van de moedergerechtigde ten opzichte van de beperkt ge-

rechtigde is van een heel andere categorie dan de bevoegdheid tot beschikken

In wezen leidt de vraag die in deze paragraaf centraal staat terug naar de door Van Opstall verwoorde leer, die in § 6 6 uiteen is gezet, zij het dat de vraag omgekeerd wordt gesteld. Voor Van Opstall stond voorop dat het recht om een ander iets te laten doen niet behoort tot de bevoegdheden van een eigenaar of anderszins hoofdgerechtigde. Hieruit vloeit dan voort dat deze niet-bestaande bevoegdheid dus ook niet in de in de vorm van een beperkt recht aan een ander kan worden overgedragen ten laste van de hoofdgerechtigde. Zo bezien zijn zowel het aan de beperkt gerechtigde toegekende recht als de daarmee corresponderende verplichting van de moedergerechtigde noodzakelijkerwijs obligatoir van aard.

In deze paragraaf wordt voorop gesteld dat er verplichtingen bestaan ten laste van een moedergerechtigde, die worden aangemerkt als goederenrechtelijke verplichtingen. Dan rijst uiteraard in omgekeerde richting de vervolgvraag hoe deze verplichtingen doorwerken in het recht van de moedergerechtigde. Van een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW kan alleen sprake zijn als het gaat om verplichtingen tot een dulden of een niet doen met betrekking tot een registergoed. In andere gevallen blijft de status van een 'goederenrechtelijke' of 'zakelijke verplichting' diffuus. In § 6:83 wordt een poging tot kwalificatie van dergelijke verplichtingen gedaan. Eerst komt nog de voorvraag aan de orde of alleen een vorm van goederenrechtelijke status voor dergelijke verplichtingen een verklaring kan opleveren voor de tegenwerpelijkheid aan derden.

### 6 7 3 *Derdenwerking van niet-goederenrechtelijke plichten en rechten*

Wanneer aanvullende bevoegdheden en verplichtingen op grond van de wetssystematische beperkingen *geen* onderdeel zijn gaan uitmaken van het gevestigde beperkte recht, hebben zij geen zaaksgevolg en kunnen zij in beginsel niet aan rechtsopvolgers onder bijzondere titel in het moederrecht of het beperkte recht worden tegengeworpen. Toch kunnen sommige soorten bevoegdheden en verplichtingen op andere gronden derdenwerking hebben. In die gevallen rijst de vraag in hoeverre de eventuele kwalificatie als goederenrechtelijke bevoegdheid of verplichting nog verschil maakt.

#### 6 7 3 1 *Verbintenissen met derdenwerking*

Wanneer toepassing van het voldoende verbandvereiste of het subtractieprincipe meebrengt dat een bepaalde aanvullende bevoegdheid of ver-

plichting niet wordt aangemerkt als een onderdeel van het gevestigde goederenrechtelijke recht, vormen die bevoegdheden of verplichtingen wel verbintenissen tussen de partijen bij de vestiging van het beperkte recht. De numerus clausus staat immers niet in de weg aan een contractuele invulling van de verhouding tussen de partijen die een beperkt goederenrechtelijk recht vestigen. Hierop is uitdrukkelijk gewezen in de Algemene opmerkingen over boek 5 in de Toelichting Meijers, na de vermelding dat de inhoud van een goederenrechtelijk recht dwingendrechtelijk vastligt als de wet geen ruimte biedt voor een afwijkende regeling:

"Dit brengt echter niet mede, dat aan partijen de vrijheid is ontnomen om bij obligatoire overeenkomst hun rechtsverhouding anders te bepalen, eventueel met werking ten aanzien van hun rechtsopvolgers volgens de regels van het contractenrecht. Volgens het beginsel van contractsvrijheid kunnen partijen immers iedere contractuele verhouding scheppen die hun goeddunkt, mits zij niet met de wet, de goede zeden of openbare orde in strijd komen"<sup>147</sup>

Behoudens de uitzonderlijke bedingen die op grond van art. 3:40 BW nietig zijn, leveren aanvullende bevoegdheden en verplichtingen dus in beginsel altijd verbintenissen op die ten minste *inter partes* bindend zijn.<sup>148</sup>

De Toelichting Meijers wijst er hierbij op dat ook obligatoire verhoudingen met betrekking tot een goed op basis van de regels van het verbintenissenrecht werking kunnen hebben ten aanzien van rechtsopvolgers. Meer in het bijzonder wordt verwezen naar het contractenrecht, en dit betekent dat niet is bedoeld te verwijzen naar de gebondenheid van derden op grond van de zorgvuldigheid die hen in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van de schuldeiser betaamt. In het contractenrecht bestaan drie grondslagen voor werking van van een obligatoire verhouding met betrekking tot een goed jegens een rechtsopvolger.

---

147 Toelichting Meijers (d d 25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 10, PG 5, p. 4 In hoofdstuk 8 wordt aandacht besteed aan de keuzemogelijkheden van partijen.

148 Het is denkbaar dat partijen hebben beoogd dat de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen hen alleen in persoon binden, ook wanneer het gaat om bevoegdheden en verplichtingen die wel onderdeel zouden kunnen uitmaken van het gevestigde goederenrechtelijke recht. In het algemeen is van belang dat wordt vastgesteld of partijen de intentie hebben gehad om derden te binden door 'verzakelijking' van de aanvullende verbintenissen. In de gevallen waarin niet duidelijk is wat de intentie van de partijen ten tijde van de vestiging is geweest, rijst de vraag of moet worden vermoed dat zaaksgevolg beoogd werd. Daarbij kunnen de verkeersopvattingen in een bepaalde sector ten aanzien van een bepaald type beperkt recht een rol spelen

Ten eerste kent het huur- en het pachtrecht dwingendrechtelijke bepalingen die de verkrijger van het volledige of een beperkt recht tot een verhuurde zaak van rechtswege binden aan de huurovereenkomst.<sup>149</sup>

Ten tweede heeft een obligatoire verhouding aan actieve zijde werking jegens een rechtsopvolger indien dit recht kan worden aangemerkt als een kwalitatief recht in de zin van art. 6:251 BW. Daarvan is sprake wanneer het recht in zodanig verband staat met een aan de schuldeiser toebehorend goed dat hij bij dat recht slechts belang heeft zolang hij het goed behoudt.<sup>150</sup> Wanneer in het kader van de vestiging van een beperkt recht op een goed aan de beperkt gerechtigde aanvullende bevoegdheden zijn toegekend die echter niet worden aangemerkt als een onderdeel van dat beperkte recht, zal waarschijnlijk steeds sprake zijn van een kwalitatief recht.<sup>151</sup> Waarschijnlijk geldt hetzelfde voor aanvullende bevoegdheden die bij de vestiging van het beperkte recht zijn toegekend aan de moedergerechtigde.<sup>152</sup> Voor aanvullende bevoegdheden lijkt het derhalve niet van groot belang te zijn of zij al dan niet worden aangemerkt als onderdeel van het gecreëerde beperkte recht.<sup>153</sup>

149 Art. 7:226 BW en art. 34 Pachtwet. Een uitzondering geldt voor degene die verkrijgt na executoriale verkoop door een hypotheekhouder die zich op een huurbeding in de zin van art. 3:264 BW kan beroepen.

150 Zie Rb. Dordrecht 20 maart en 9 oktober 2002, NJ 2003, 69: het recht op schadevergoeding wegens wanprestatie uit hoofde van een scheepsreparatiecontract werd aangemerkt als in beginsel een kwalitatief recht dat derhalve van rechtswege zou zijn overgegaan op de verkrijger van de *Judith*, maar degenen die waren gesubrogeerd in de rechten van de verkrijger slaagden niet in het hen opgedragen bewijs dat de oorspronkelijke rechthebbende ten tijde van de overdracht van het schip geen voldoende belang had bij behoud van dat recht jegens de reparateur.

151 Er wordt van uitgegaan dat ook een beperkt gerechtigde geldt als schuldeiser aan wie het goed waarop het beperkte recht rust, 'toebehoort' in de zin van zowel art. 6:251 als 252 BW. Bovendien wordt ervan uitgegaan dat een dergelijke 'bevoegdheid' steeds ook een 'recht' is in de zin van art. 6:251 BW, omdat met die bevoegdheid een verplichting van de wederpartij correspondeert om de uitoefening van de betreffende bevoegdheid te dulden.

152 Dit geldt met name ook bij overgang van een huurverhouding. de huurder van het landgoed Queekhoven (HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 544) had zich in een afzonderlijke overeenkomst jegens de oorspronkelijke verhuurder verplicht tot het doen van enige klusjes aan het koetshuis dat hij ook in gebruik had gekregen. Een dergelijke aanvullende verplichting van een huurder die strekt tot een doen, voor zover deze niet deel zou uitmaken van de huurverhouding, is waarschijnlijk een kwalitatief recht in de zin van art. 6:251 BW, zodat ook de nieuwe verhuurder daarop aanspraak kan maken.

153 Enigszins paradoxaal is dat de verkrijger van een goed de verkrijging van een kwalitatief recht kan tegenhouden krachtens lid 4 door middel van een beding dat wordt overeengekomen met de vervreemder en krachtens lid 3 door middel van een verklaring aan de wederpartij, terwijl hij een aanvullende bevoegdheid en de daarmee corresponderende retributieplicht niet kan weigeren indien die bevoegdheid onderdeel uitmaakt van het goederenrechtelijke recht dat hij verkrijgt.

Ten derde heeft een obligatoire verhouding aan passieve zijde werking jegens een rechtsopvolger indien dit recht kan worden aangemerkt als een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW. Daarvan kan alleen sprake zijn als het gaat om een plicht om iets te dulden of niet te doen met betrekking tot een registergoed.<sup>154</sup> Naast dit inhoudelijk vereiste geldt bovendien een totstandkomingsvereiste: voor overgang als kwalitatieve verbintenis is vereist dat van de overeenkomst waaruit de verplichting is voortgevloeid, een notariële akte is opgemaakt, die is ingeschreven in de openbare registers. Hierbij geldt ook nog op grond van art. 24 lid 4 Kadasterwet dat de kwalitatieve verbintenis afzonderlijk en duidelijk vermeld moet zijn.<sup>155</sup> Aanvullende verplichtingen om te dulden of niet te doen, die de moedergerechtigde in het kader van de vestiging van een recht van erfpacht, opstal, erfdienstbaarheid, hypotheek of vruchtgebruik met betrekking tot een registergoed op zich heeft genomen jegens de beperkt gerechtigde, en vice versa, verplichtingen van de beperkt gerechtigde jegens de moedergerechtigde, voor zover niet aan te merken als insnoerende verplichtingen, zullen dus in ieder geval als kwalitatieve verbintenis bindend kunnen zijn voor rechtsopvolgers.

#### 6.7.3.2 Verschillen?

Voor wat betreft dergelijke aanvullende verplichtingen tot een dulden of niet-doen met betrekking tot een registergoed rijst de vraag of het iets uitmaakt of de additionele verplichtingen worden gerekend tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht, dan wel worden aangemerkt als kwalitatieve verplichtingen.

Voor de toepassing van het internationaal privaatrecht heeft de kwalificatie waarschijnlijk verschillende gevolgen.<sup>156</sup> Voor het fiscale recht

---

154 Rb. Rotterdam 23 november 2005, NJF 2006, 186 (Aktion Sühnezeichen), oordeelde dat de kwalitatieve verplichting om een onroerende zaak te gebruiken 'ten dienste van de gerechtigheid en vrede' geen actieve plicht daadwerkelijk iets te doen opleverde, maar een beperking in het feitelijk gebruik.

155 Zie nader § 8.5.2.5.

156 In het IPR rijst ten aanzien van de kwalitatieve verbintenis de vraag of de verbintenisrechtelijke *lex contractus* van toepassing is, dan wel de goederenrechtelijke *lex situs*. Het ontstaan van de gewone kwalitatieve verbintenis uit overeenkomst is naar mijn mening onderworpen aan de *lex contractus*, maar de derdenwerking van kwalitatieve verbintenissen dient te worden beoordeeld op basis van de *lex situs* van het desbetreffende registergoed. De publiciteitsvoorschriften maken aanknopng aan het op dat registergoed toepasselijke recht wenselijk. Voor verplichtingen die onderdeel uitmaken van een zakelijk recht geldt waarschijnlijk dat ze worden beheerst door de *lex situs*. Overigens brengt het bijzondere vermoeden in art. 4 lid 3 EVO mee dat bij gebreke van rechtskeuze het recht van ligging van een onroeren-

maakt het echter vermoedelijk niet uit of sprake is van een goederenrechtelijk recht dan wel een kwalitatieve verbintenis in de zin van art. 6:252 BW.<sup>157</sup> Ook de vermogensrechtelijke verschillen tussen een goederenrechtelijk recht en een kwalitatieve verplichting zijn gering.<sup>158</sup>

Het eerste verschil is dat een tot een goederenrechtelijk recht behorende verplichting pas ontstaat zodra alle vestigingshandelingen voor dat recht zijn voltooid. De kwalitatieve verplichting werkt daarentegen tussen de betrokken partijen al direct vanaf het moment van wilsovereenstemming; de inschrijving in de openbare registers is slechts voor de derdenwerking van de verplichting relevant. Dit wezenlijke verschil vloeit voort uit de aard van goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke rechtsfiguren. Het lijkt er echter in dit kader niet of nauwelijks toe te doen, aangezien het steeds gaat om kwalitatieve verplichtingen die verband houden met de vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht. Zolang dit recht niet tot stand gekomen is, zullen de partijen vrijwel nooit belang hebben bij voortijdige vervulling van de additionele verplichtingen. Er is zelfs reden om te vermoeden dat de additionele kwalitatieve verplichting is aangegaan onder de opschortende voorwaarde van voltooiing van de vestiging van het beperkte goederenrechtelijke recht. Het ontstaan van het goederenrechtelijke recht en de afdwingbaarheid van de additionele verplichting vallen dan samen, ook in de verhouding tussen de betrokken partijen.

Het tweede verschil met een 'verzakelijke' verplichting is dat een kwalitatieve verplichting alleen aan passieve zijde kwalitatief is; het daarmee corresponderende recht gaat niet van rechtswege mee over op verkrijgers van het registergoed. Ook dit verschil verliest veel gewicht wanneer dit recht wordt gekwalificeerd als een kwalitatief recht in de zin van art. 6:251 BW, dat als zodanig wel van rechtswege overgaat aan actieve zijde. Overigens kan de overgang van een kwalitatief recht op grond van art. 6:251 lid 4 BW wel worden belet, door zowel de oorspronkelijke rechthebbende als zijn rechtsopvolger.

Het derde verschil is dat de afdwingbaarheid van kwalitatieve verplichtingen wordt beheerst door het verbintenissenrecht. Het hele instrumentarium van boek 6 staat ter beschikking aan de belanghebbende, in

---

de zaak wordt vermoed ook het nauwst verbonden te zijn met de overeenkomst waaruit de verbintenis ten aanzien van die zaak voortvloeit.

157 Zie HR 25 november 1998, BNB 1999/18, geciteerd in een voetnoot bij § 6.5.2.

158 Asser-Hartkamp 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, 12<sup>e</sup> druk 2005, nrs. 411-412. De beschouwingen over de kwalitatieve verbintenis van Van Opstall in vooral WPNR 4926 (1966) zijn deels achterhaald door de latere wijzigingen in het ontwerp voor art. 6:252 lid 3 BW.

het bijzonder de opschortingsregeling in afd. 6.1.7 BW en de wanprestatie-regeling in afd. 6.1.9 BW. Ook dit vloeit voort uit de omstandigheid dat ook een kwalitatieve verplichting in wezen gewoon een verbintenis is; de derdenwerking op grond van het kwalitatieve karakter van de verbintenis doet niets af aan haar obligatoire aard. Of de regels van het verbintenis-recht ook verplichtingen sanctioneren die wel onderdeel uitmaken van een goederenrechtelijk recht, komt aan de orde in § 6.8.

#### *6.7.4 Synthese*

Het is in dit hoofdstuk duidelijk geworden dat bij de beoordeling of het systeem van het goederenrecht het toelaat dat door partijen bij de vestiging van een beperkt recht een aanvullende verplichting tot onderdeel van dat beperkte recht wordt gemaakt, in verschillende opzichten preciseringen nodig zijn. Ten eerste is van belang of het gaat om een verplichting voor de beperkt gerechtigde of voor de moedergerechtigde. In geval van een aanvullende verplichting voor de beperkt gerechtigde is ten tweede van belang of het gaat om een verplichting die de toegekende bevoegdheden nader afbakt, zodat het gaat om een insnoerende verplichting. Zo niet, en ook ingeval het gaat om een verplichting ten laste van de moedergerechtigde, is van belang of de aanvullende verplichting een plicht tot een dulden of een niet-doen is, dan wel tot een doen of een geven. Deze preciseringen zijn van belang voor de toepassing van de beperkingen die in het systeem van het goederenrecht besloten liggen en voor de interpretatie van de door de wetgever gestelde criteria.

Beziet men opnieuw het voldoende verbandvereiste, dat in § 6.5 is beschreven, dan valt op dat niet helder is wat de wetgever heeft bedoeld. In de Algemene opmerkingen over boek 5 uit de Toelichting Meijers is het voldoende verbandvereiste aldus verwoord:

"Indien men bevoegdheden en verplichtingen welke de wet niet regelt, tot inhoud van het goederenrechtelijke recht wil maken, moeten deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is"<sup>159</sup>

Ook de context maakt niet duidelijk of de wetgever hier het perspectief van alleen de beperkt gerechtigde of ook van de moedergerechtigde heeft gekozen. Dit betekent dat niet duidelijk is of het gaat om bevoegdheden voor de beperkt gerechtigde en daarmee corresponderende verplichtingen van de moedergerechtigde, of omgekeerd, of allebei. Bovendien

---

159 TM, Algemene opmerkingen over boek 5, punt 3, derde alinea, PG 5, p. 3.

wordt niet duidelijk of is bedoeld hiermee voor alle soorten verplichtingen ruimte te bieden, inclusief verplichtingen *in faciendo*.

Verder rijst opnieuw de vraag hoe het gegeven criterium moet worden verstaan: vereist is dat gelijke behandeling met het wettelijke pakket aan bevoegdheden en verplichtingen uit hoofde van het zakelijke recht 'gerechtvaardigd' is. In § 6.5.3 is dit criterium uitgelegd op basis van de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten: beoordeeld moet worden of derdenwerking van de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen, gezien het wezen van het betreffende type goederenrechtelijk recht en de daaruit van rechtswege voortvloeiende bevoegdheden en verplichtingen, gerechtvaardigd is. In het algemeen volgt uit het subtractieprincipe dat het in beginsel gaat om bevoegdheden van de beperkt gerechtigde, die voor de moedergerechtigde gepaard gaan met een daarmee corresponderende verplichting tot het dulden dat de beperkt gerechtigde die bevoegdheden uitoefent. Andersoortige verplichtingen voor een moedergerechtigde komen in de wet vrijwel niet voor, behalve de genoemde bijzondere verplichtingen die de moedergerechtigde belasten met een onderhoudsverplichting.<sup>160</sup> Voor het overige moet ervan worden uitgegaan dat verplichtingen *in faciendo* taboe zijn en dus geen onderdeel van een goederenrechtelijk recht kunnen worden, niet aan de zijde van de beperkt gerechtigde en evenmin aan de zijde van de moedergerechtigde.<sup>161</sup> De reden hiervoor is de onwenselijkheid dat, in de geciteerde woorden van Kleijn, de verkrijger van een goed allerlei verplichtingen tot een handelen op zijn dak zou krijgen zonder die verplichtingen zelf te hebben aanvaard. Deze reden geldt uiteraard gelijkelijk voor beperkt gerechtigde en moedergerechtigde.

---

160 De wet belast de moedergerechtigde wel met enige verplichtingen na beëindiging of verval van een beperkt recht. Een voorbeeld is art. 5:94 lid 2 BW, dat de eigenaar in bepaalde omstandigheden verplicht na het einde van erfpacht een bevoegdelyk aangegane verhuur of verpachting gestand te doen. Een ander voorbeeld is wellicht art. 5:99 BW, dat de eigenaar na het einde van erfpacht verplicht om de waarde van door de erfpachter aangebrachte gebouwen en werken te vergoeden.

161 Een alternatief voor categorische afwijzing van de verheffing van enige verplichting *in faciendo* tot onderdeel van een goederenrechtelijk recht is een heel strikte toepassing van het voldoende verbandvereiste voor dergelijke verplichtingen. Aanvullende 'in faciendo plichten' kunnen dan in beginsel gewoon onderdeel zijn van het goederenrechtelijke recht, tenzij de wet de mogelijkheden beperkt, maar een extra strikte toepassing van het voldoende verbandvereiste zou meebrengen dat zeer zelden de verzakelijking van een dergelijke verplichting wordt aanvaard. In feite ontstaat dan een algemeen vermoeden dat verplichtingen *in faciendo* strijdig zijn met het wezen van een beperkt recht.



Bij de toepassing van het voldoende verbandvereiste op basis van de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten kan dus worden uitgegaan van een glijdende schaal: het is in het algemeen het minst bezwaarlijk om aanvullende *bevoegdheden* tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht te rekenen. Verplichtingen voor de beperkt gerechtigden die eigenlijk geen verplichtingen zijn maar beperkingen van de aan de beperkt gerechtigde toegekende bevoegdheden leveren vanuit het perspectief van de derdenwerking ook geen probleem op. *Verplichtingen* voor de *moedergerechtigde* anders dan die tot het dulden van de uitoefening van aan de beperkt gerechtigde bevoegdheden en met die verplichtingen voor de moedergerechtigde corresponderende rechten voor de beperkt gerechtigde zijn bezwaarlijker gezien de gebondenheid van rechtswege die eruit zou voortvloeien voor verkrijgers van het moederrecht. In beginsel niet toelaatbaar als goederenrechtelijke plicht zijn verplichtingen *in faciendo*, tenzij het gaat om een verplichting tot het betalen van een vergoeding, of, in de wettelijk geregelde gevallen, om een onderhoudsverplichting. De glijdende schaal verdisconteert aldus het aan het subtractieprincipe gerelateerde verbod op goederenrechtelijke verplichtingen *in faciendo* in de toets van het voldoende verbandvereiste.

Deze algemene richtlijnen gelden in het algemeen bij de beoordeling of aanvullende bevoegdheden en verplichtingen tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht gerekend kunnen worden. Denkbaar is dat voor een bepaalde aanvullende bevoegdheid of verplichting gezien de maatschappelijke gebruiken ten aanzien van een bepaald type goederenrechtelijk recht van deze algemene uitgangspunten wordt afgeweken. Bijvoorbeeld in het kader van de zekerheidsrechten is voorstelbaar dat een bepaalde verplichting, ook een verplichting van de moedergerechtigde, zo zeer gebruikelijk is dat daaraan goederenrechtelijke status en daarmee zaaksgevolg wordt toegekend. Uiteraard dient hierbij grote terughoudendheid te worden betracht. Een extra criterium hiervoor zou kunnen zijn dat de verplichting van de moedergerechtigde sterk verband moet houden met het betreffende goed en daarbij moet strekken tot waarborg van het belang van de beperkt gerechtigde. Bijvoorbeeld een verplichting van een zekerheidsgever om het goed adequaat te verzekeren zou in deze categorie van uitzonderingen op de algemene regels kunnen vallen.

Het is mogelijk om bij de toepassing van het voldoende verbandvereiste nog verdere nuances aan te brengen door rekening te houden met de duur van de belasting voor de betrokken partijen. Een dergelijke beperking past goed bij de in hoofdstuk 5 geanalyseerde ratio van de numerus clausus. Van belang wordt dan bijvoorbeeld of het beperkte recht voor

bepaalde tijd is gevestigd. Een daarin besloten verplichting zal dan van rechtswege na verloop van tijd tenietgaan. Dit maakt de last voor de betrokkenen en voor hun rechtsopvolgers draaglijker. Hierna zal nog blijken dat om deze reden in het algemeen de eindigheid van beperkte rechten ten opzichte van de oneindigheid van het eigendomsrecht werd aangenomen; aangezien elk beperkt recht een belasting van de eigendom vormt, die de eigenaar opzadelt met de verplichting om de uitoefening van de in het beperkte recht besloten bevoegdheden te dulden, behoort de eigendom na verloop van tijd van deze verplichtingen te worden bevrijd.<sup>162</sup> Dit omwille van de vrijheid van de eigendom en de daarmee verbonden rechtspolitieke wens van bevrijding van het handelsverkeer.

Naar geldend recht kunnen de meeste typen beperkte rechten voor onbepaalde tijd worden gevestigd. Van de verplichting voor de eigenaar tot het dulden van het beperkte recht en van eventuele verplichtingen die op de beperkt gerechtigde rusten, komt men dan niet automatisch na verloop van tijd af. Gaat het om verplichtingen die rusten op de beperkt gerechtigde en zijn rechtsopvolgers, dan is bovendien van belang dat het naar geldend recht voor een beperkt gerechtigde niet mogelijk om eenzijdig afstand te doen van zijn beperkte recht en zich zo van de daaraan verbonden verplichting te bevrijden. Opzegging door de beperkt gerechtigde of door de moedergerechtigde is alleen mogelijk indien een opzeggingsbevoegdheid uitdrukkelijk is bedongen. De tijdsfactor kan dus een extra dimensie geven aan de hiervoor geschetste glijdende schaal voor de toepassing van het voldoende verbandvereiste. Naarmate aanvullende verplichtingen van langduriger aard zijn, bestaat er meer reden voor het oordeel dat die aanvullende verplichting geen onderdeel kan zijn van het gecreëerde goederenrechtelijke recht.

Ten slotte verdient nog vermelding dat uiteraard ook nog een rol moet spelen in hoeverre derdenwerking in een concreet geval mogelijk is. Kleijn stelt in zijn noot onder het arrest uit 1977 terecht dat een systematische methode zou hebben gedwongen tot de conclusie dat de onderhoudsverplichting van de gemeente in strijd was met het wezen van het erfpachtsrecht omdat aan de verplichting van de gemeente aan passieve zijde geen zaaksgevolg kon toekomen. Zou de onderhoudsverplichting voor de erfverpachter deel uitmaken van het erfpachtsrecht, dan zou bij

---

162 Accessoriteit van de zekerheidsrechten heeft hetzelfde effect, zij het dat door de erkenning van de zogenaamde bankzekerheden, die strekken tot zekerheid van al hetgeen ooit verschuldigd moge worden, of tot zekerheid van hetgeen in de toekomst verschuldigd zal blijken te zijn aan het einde van de handelsrelatie, dit aspect van accessoriteit is ondergraven.

overdracht van de eigendom van het in erfpacht uitgegeven perceel aan een derde deze derde als nieuwe erfverpachter verplicht zijn tot onderhoud van het openbare vaarwater, terwijl deze derde ten aanzien van het vaarwater van de gemeente geen enkel recht of bevoegdheid heeft en dus niet in staat zal zijn tot nakoming van de onderhoudsverplichting. Eigenlijk gaat het hier niet om het wezen van het erfpachtsrecht, maar in het algemeen om het wezen van elk goederenrechtelijk recht. Dit betekent dat een bevoegdheid of een verplichting nooit deel kan uitmaken van een goederenrechtelijk recht, noch aan passieve noch aan actieve zijde, als die verplichting naar haar aard niet kan worden nagekomen door rechtsopvolgers van de moedergerechtigde c.q. de beperkt gerechtigde.

#### 6.7.5 Casuïstiek

De hiervoor geschetste uitbreiding van het kleurenpalet kan behulpzaam zijn bij de beoordeling of een aanvullende bevoegdheid of verplichting op basis van het voldoende verbandvereiste en het subtractieprincipe tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht kan worden gerekend. Toch blijkt uit casuïstiek dat het moeilijk is om basale voorbeelden te toetsen aan deze criteria.

Neem bijvoorbeeld een opstalrecht, dat in de akte van vestiging is omschreven als 'de bevoegdheid om gebouwen te hebben op andermans bedrijfsterrein, eventueel ten behoeve van verhuur, maar alleen voor *lichte industrie*'. Deze bevoegdheid kan worden opgevat als een verplichting om de opstallen aan te wenden voor lichte industrie of aan lichte industrie te verhuren, en dan gaat het om een verplichting van de opstaller tot een doen. In de gegeven formulering is deze verplichting echter niet een plicht tot een doen, want er is geen verplichting voor de opstaller om over te gaan tot verhuur. Het gaat hier om een insnoerende verplichting: de ge-notsbevoegdheid van de opstaller omvat de bevoegdheid tot verhuren, maar alleen voorzover wordt verhuurd aan lichte industrie. Art. 5:102 BW biedt uitdrukkelijk de ruimte voor beperkingen van de gebruiksbevoegdheid van de opstaller; bovendien kan op grond van art. 5:104 lid 2 jo art. 5:94 BW de bevoegdheid tot verhuur worden beperkt. Zou de vestigingsakte echter ook de opstaller belasten met de verplichting om de omliggende slootjes te onderhouden of om te voorkomen dat klanten parkeren op de openbare weg, dan gaat het niet meer om de afbakening van de bevoegdheid tot genot in de vorm van het hebben van opstallen op andermans terrein. Bovendien gaat het hier om in beginsel verdachte plichten *in faciendo*, die op gespannen voet staan met het subtractieprincipe. Toch is denkbaar dat wordt geoordeeld dat de parkeerbeheersverplichting, ge-

zien de functie van het bedrijfsterrein, zodanig verband houdt met de bevoegdheden en de verplichtingen van de opstaller, dat het gerechtvaardigd is om ook rechtsopvolgers van de opstaller van rechtswege gebonden te achten. Enigszins twijfelachtig is wel of de functie van een beperkt recht in een concreet geval een dergelijk gewicht in de schaal mag leggen. Wanneer meer accent wordt gelegd op het wezen van het recht van opstal, dan is minder evident dat daartoe ook de verplichting behoort om het parkeren op aangrenzende percelen te beheersen. Min of meer dezelfde afwegingen moeten worden gemaakt wanneer de verplichting niet op de opstaller rust, maar de moedergerechtigde zich heeft verplicht om voldoende parkeerplaatsen in de omgeving te creëren. Een extra complicatie ligt dan besloten in de omstandigheid dat de verplichting niet het perceel betreft waarop het opstalrecht rust, maar de aangrenzende percelen.

Een ander voorbeeld, dat in de literatuur kan worden aangetroffen, is de plicht van een erfpachter tot gebruik van een bepaalde kleur op de gevel van de in erfpacht genomen gebouwen. Het hangt uiteraard af van de formulering, maar het lijkt hier niet te gaan om een verplichting tot een doen, maar tot een niet-doen.<sup>163</sup> Het is een insnoerende verplichting, want het genot, mede bestaande uit de vrijheid om zelf te kiezen welke kleuren worden gebruikt op de gevel, wordt erdoor beperkt. Bovendien houdt de verplichting heel direct verband met de in erfpacht genomen gebouwen en de verplichting van de erfpachter om daarvoor zorg te dragen. Het kleurvoorschrift is niet ver verwijderd van het wezen van een recht van erfpacht. Anders is het waarschijnlijk als de erfpachter wordt verplicht om te vlaggen op Koninginnedag of bevrijdingsdag. Het gaat hier duidelijk om een plicht tot een doen, die weliswaar de in erfpacht uitgegeven zaak betreft, maar die ook op gespannen voet lijkt te staan met de vrije gebruiksbevoegdheid van een erfpachter.<sup>164</sup> Anderzijds biedt art. 5:89 BW de ruimte voor beperkingen van het genot dat de erfpachter heeft. Ook rijst steeds de vraag of het verschil maakt wanneer het niet om een recht van erfpacht gaat, maar om een recht van vruchtgebruik of opstal, en ook of een dergelijke verplichting kan worden neergelegd in het reglement voor een appartementensplitsing.

163 Vergelijk een recht van erfdienstbaarheid dat de eigenaar van het dienende erf verplicht tot het geven van water aan de beperkt gerechtigde eigenaar van het heersende erf. In MvA II bij art. 5:71, PG 5, p. 258, wordt opgemerkt dat deze verplichting in wezen neerkomt op de plicht tot het dulden dat de eigenaar van het heersende erf als beperkt gerechtigde tot het dienende erf daarvan water neemt.

164 Ik laat hier buiten beschouwing of aan vlaggen een politieke dimensie zit die een vlagplicht onverenigbaar maakt met enig grondrecht. Het beding zou dan op grond van art. 3:40 BW nietig kunnen zijn, ongeacht of het al dan niet onderdeel van het recht van erfpacht zou zijn geworden.

In het kader van het recht van erfpacht is door de wetgever nog uitdrukkelijk aandacht besteed aan drie bedingen die in het maatschappelijk verkeer veel door gemeenten worden gebruikt om speculatie tegen te gaan. Het gaat om de verplichting van de erfpachter om gedurende een aantal jaren in de opstal te blijven wonen met zijn gezin, de verplichting om bij vervreemding of verhuur binnen diezelfde termijn de kandidaat van de erfverpachter te accepteren tegen een door de erfverpachter vastgestelde prijs, en de verplichting om de bestemming als huurwoning te handhaven. Wanneer deze bedingen in de vestigingsakte zijn opgenomen, zullen zij volgens de wetgever als onderdeel van het tot stand gebrachte recht van erfpacht hun volle werking hebben.<sup>165</sup> Hoezeer ook begrijpelijk is dat de wetgever de gemeenten terwille heeft willen zijn bij de verwezenlijking van onroerend goedbeleid; vooral bij het eerste beding kan een kanttekening worden geplaatst. De bewoningsverplichting gedurende een aantal jaren is immers een verplichting tot een doen, zij het één die in de tijd is beperkt. De verplichting om de bestemming te handhaven zit weer meer in de sfeer van de insnoerende verplichtingen, omdat het gaat om een beperking van de genotsbevoegdheid, tenzij het beding zo moet worden verstaan dat het een plicht betekent om actief tot verhuur over te gaan. Het tweede beding, dat een soort naastingsrecht creëert, moet worden beoordeeld in het kader van art. 3:83 lid 1 BW, dat de vrije overdraagbaarheid van goederenrechtelijke rechten omwille van de verhandelbaarheid van goederen voorop stelt.

Opnieuw rijst de vraag of dergelijke antispeculatie-bedingen, die door de wetgever acceptabel zijn geacht in het kader van erfpacht, eveneens deel kunnen worden gemaakt van bijvoorbeeld een recht van opstal. Op dit punt bevatten dezelfde overwegingen van de wetgever nog een interessant gezichtspunt. Art. 5:91 BW creëert de mogelijkheid om de overdracht van een erfpachtsrecht afhankelijk te maken van toestemming van de erfverpachter. Voordat lid 3 aan het ontwerp werd toegevoegd, rees de vraag of een dergelijk toestemmingsbeding ook effectief was wanneer de erfpacht in appartementsrechten werd gesplitst. De wetgever lichtte toe dat dat niet het geval was; daarvoor was nodig dat de erfverpachter eerst het gebouw in appartementen splitste, die vervolgens ieder in erfpacht worden uitgegeven, inclusief het toestemmingsbeding. Hierbij gaf de wetgever een verklaring voor dit verschil:

---

165 MvA II Inv bij art. 5:91 (d.d. 13 september 1985), PG Inv. 5, p. 1074-1075. Vermoedelijk is niet alleen bedoeld op gebondenheid van de erfpachter, maar ook op derdenwerking, zodat rechtsverkrijgers eveneens gebonden raken.

"De rechtvaardiging van het verschil dat in Boek 5, zoals het tot nu toe luidde, tussen beide voormelde constructies wordt gemaakt, moet worden gezocht in het volgende. Degene die de erfpacht van een appartementsrecht verkrijgt, behoort er rekening mee te houden dat zijn recht beperkingen heeft, onder meer gelegen in art 5.91. Zodanige beperkingen zullen echter, naar mag worden verwacht, buiten de gezichtskring liggen van degene die het appartementsrecht zelf verkrijgt, nu het weinig voor de hand ligt dat het enkele feit dat dit registergoed is tot stand gekomen als gevolg van splitsing door de erfpachter, zijn bevoegdheid om dit goed over te dragen ernstig kan aantasten. Van een zodanige onverhoedse aantasting kunnen bovendien gemakkelijk ook derden de dupe worden"<sup>166</sup>

Interessant is dat de wetgever hier de aandacht vestigt op het belang van het verwachtingspatroon dat in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van een bepaald type goederenrechtelijk recht bestaat. Derdenwerking van beperkende bedingen is alleen verantwoord wanneer die van derden redelijkerwijs verwacht mag worden dat zij weten wat zij verwerven wanneer zij een bepaald goed verkrijgen, gezien de rol en de functie die een bepaald type goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer vervult. De wetgever verwoordt hier een essentieel aspect van de ratio van de *numerus clausus*, maar de passage is ook van belang voor de interpretatie van het voldoende verbandvereiste. Daarbij speelt een grote rol of de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen in strijd zouden zijn met het wezen van het goederenrechtelijke recht. Bij de vaststelling van het wezen zou een rol moeten spelen wat in het maatschappelijk verkeer het verwachtingspatroon is ten aanzien van dat type goederenrechtelijke recht, mede gezien zijn functie en de maatschappelijke context waarin van dat recht op grote schaal gebruik wordt gemaakt.

Ten slotte is het nog de moeite waard te vermelden hoe het afliep met de toestemmingskwestie en de stapeling van beperkte rechten. De wetgever besloot in een nieuw lid 3 bij art. 5:91 BW te bepalen dat het toestemmingsbeding ook door de erfpachter kan worden gemaakt ten aanzien van appartementsrechten waarin de erfpacht wordt gesplitst, mits het vereiste van toestemming van de erfverpachter voor vervreemding of bezwaring in de splitsingsakte is omschreven. Wanneer "in de akte van splitsing zelf voor derden voldoende duidelijk tot uiting wordt gebracht dat het ter zake van de gesplitste erfpacht gemaakte vervreemdingsbeding" doorwerkt in het appartementsrecht, is volgens de wetgever voor het weergegeven onderscheid geen doorslaggevende reden meer aanwezig. Deze toevoeging is in het licht van de *numerus clausus* zeer interessant, aangezien op kenmerkende wijze voor de aantasting van de Typenfixierung compensatie wordt gezocht in een publiciteitsmaatregel. Klassiek is ook

166 MvA II Inv bij art 5.91 (d d 13 september 1985), PG Inv 5, p 1074

de kanttekening die hierbij onmiddellijk gemaakt moet worden: het wordt voor de koper van een appartementsrecht noodzakelijk om actief op basis van de splitsingsakte te onderzoeken of het appartement gesplitste erfpacht betreft, ten aanzien waarvan een toestemmingsbeding is gemaakt. Kopers van appartementen kunnen er niet vanuit gaan dat zij vrij zijn om te vervreemden hetgeen zij gaan kopen.<sup>167</sup> De aanpassing van het wetsontwerp op dit punt heeft derhalve een maatschappelijk en rechtseconomisch discutabele noodzaak tot onderzoek gecreëerd.<sup>168</sup>

## **6.8 Sanctionering van goederenrechtelijke rechten en plichten**

In § 6.7.3 is al vermeld dat de afdwingbaarheid van kwalitatieve verplichtingen wordt beheerst door het verbintenissenrecht. Het hele instrumentarium van boek 6 staat ter beschikking aan de belanghebbende, in het bijzonder de opschortingsregeling in afd. 6.1.7 BW en de wanprestatie-regeling in afd. 6.1.9 BW. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat ook een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW in wezen gewoon een verbintenis is; de derdenwerking op grond van het kwalitatieve karakter van de verbintenis doet niets af aan haar obligatoire aard.

Onmiddellijk rijst dan de vraag hoe verplichtingen die wel tot de inhoud van goederenrechtelijke rechten worden gerekend, kunnen worden afgedwongen.<sup>169</sup> Welke instrumenten staan ter beschikking aan bijvoorbeeld de erfverpachter, wanneer de erfpachter in gebreke blijft in de nakoming van zijn verplichting tot betaling van een canon krachtens art.

---

167 Hier blijft buiten beschouwing in hoeverre op de verkoper van het appartementsrecht uit titel 7.1 BW mededelingsplichten rusten, en of sprake is van bijzondere lasten en beperkingen waarvan vrij geleverd moet worden krachtens art. 7:15 BW, tenzij ze uitdrukkelijk zijn aanvaard. Zie Van Velten, preadvies KNB 1995, § 1.6.3, waartegen J. de Jong, recensie preadviezen erfpacht, WPNR 6190 (1995), p. 526 r.k., meent dat de verkoper van een erfpachtsrecht kan volstaan met de mededeling dat het gaat om een recht van erfpacht en overhandiging van de toepasselijke voorwaarden. "de in het kader van erfpacht gangbare regelingen kunnen mijns inziens niet als bijzondere lasten en beperkingen in de zin van art. 7:15 BW worden aange-merkt. Alleen ook voor een erfpachtsrecht buitengewone regelingen hebben als zodanig te gelden."

168 Zie § 5.3.2.

169 Deze kwestie vertoont enige gelijkenis met de vraag hoe de rechten en de plichten van burens jegens elkaar dienen te worden gekwalificeerd. E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, p. 84, stelde dat verplichtingen tussen naburen in het Nederlandse recht uitdrukkelijk als verbintenissen worden aangeduid, zodat bij niet-nakoming "geen vordering uit onrechtmatige daad toegelaten is, maar alleen wegens de niet-naleving van een aan de nabuur als schuldeiser toekomend vorderingsrecht". Zie verder R.J.J. van Acht, *Burenrecht*, diss. Nijmegen, 1990, p. 94 e.v.

585 lid 2 BW? Over welke sancties beschikt de erfpachter van het Rotterdamse haventerrein in het geval van het arrest uit 1977, wanneer de erfverpachter tekort schiet in zijn verplichting om het aangrenzende vaarwater op diepte te houden en de kademuur te onderhouden? Over deze praktisch relevante kwestie zijn in de literatuur van oudsher uiteenlopende standpunten ingenomen <sup>170</sup>

## 681 *De doctrine*

Eenzijds is door met name A E de Vries en E B Rank-Berenschot de klassieke leer verwoord er is geen plaats voor toepassing van bepalingen uit het verbintenissenrecht naast de wettelijke goederenrechtelijke bepalingen die de aard en de omvang van het goederenrechtelijke recht bepalen <sup>171</sup> Dit standpunt vloeit voort uit de dogmatische vooronderstelling dat de overeenkomst die de titel voor vestiging van het beperkte recht vormt, is uitgewerkt zodra het rechtsgevolg vestiging is ingetreden <sup>172</sup> Deze vooronderstelling houdt verband met een strikte uitleg van de scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht in het pandektistische model voor het vermogensrecht De verhouding tussen de betrokkenen bij een goederenrechtelijke recht wordt in deze benadering in beginsel

170 Zie de weergave van de standpunten bij A A van Velten, preadvies KNB 1995, § 182, en in *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 1212, en verder mijn opstel, *Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht*, NTBR 2000/3, p 91-96

171 A E de Vries, *Het recht van erfpacht*, 1<sup>e</sup> druk 1984, hoofdstuk V, m n p 47, 58 en 60, E B Rank-Berenschot, diss., 1992, p 133-140, en in *Goederenrecht*, nr 467 Zie ook A H T Heisterkamp, RM Themis 1988, p 101, die rechtstreekse toepasselijkheid van het gehele verbintenissenrecht op de erfpacht afwijst, maar toepasselijkheid van bepalingen uit het verbintenissenrecht bij analogie op erfpachtverhoudingen goedkeurt Afwijzend is ook S Gerbrandy, in WPNR 6061 (1992), § 10 Vgl verder ook A C van Schaick, NTBR 2001/9, p 469, J L P Cahen, *Deblokkering van de blokkeringsclausule*, oratie Groningen, 1966, p 12, die stelt dat de beoogde goederenrechtelijke werking van een overdrachtsverbod deze afspraak tot een zakelijke overeenkomst maakt en dat derhalve de geldigheid van deze onbenoemde zakelijke overeenkomst zou moeten worden beoordeeld volgens de regels van het zakenrecht, die uit het systeem van het zakenrecht zijn af te leiden

172 Aldus de Algemene inleiding van de Toelichting Meijers (d d 6 april 1954), PG Algemeen deel, p 133 'Bij de erfpacht kan men hoogstens spreken van een overeenkomst om een erfpacht te vestigen Is deze eenmaal gevestigd, dan heeft de overeenkomst uitgewerkt en bepaalt het recht van erfpacht de rechtspositie van partijen Vgl Meijers, *Algemene Begrippen*, p 277, Ph A N Houwing, recensie preadviezen BCN 1957, WPNR 4496 (1957), p 277-280, J de Jong, *Erfpacht en opstal*, Mon Nieuw BW B-28, 2<sup>e</sup> druk 1995, nr 7 Immers het bestaan en de concrete inhoud van de beperkte rechten is losgekoppeld van de oorspronkelijke contractspartijen en hun bedoelingen ( ) In verband daarmee moet aan de inhoud van de akte van vestiging meer zelfstandige waarde worden toegekend



geheel beheerst door het goederenrecht.<sup>173</sup> De consequentie is dat de verhouding tussen moedergerechtigde en beperkt gerechtigde niet gezien mag worden in termen van een verbintenis tussen goederenrechtelijke gerechtigden; de rechten en plichten die voortvloeien uit goederenrechtelijke rechten zijn wezenlijk anders dan verbintenissen.<sup>174</sup> Er mag alleen dan in termen van een verbintenis tussen goederenrechtelijke gerechtigden gedacht worden, indien er sprake is van een additionele kwalitatieve verbintenis of van een normale voortdurende verbintenis op basis van een daartoe strekkende overeenkomst naast het gevestigde goederenrechtelijke recht. De bepalingen van boek 6 zijn derhalve in beginsel noch direct noch analoog van toepassing.<sup>175</sup> Voor de erfpachter van het haventerrein zou dit betekenen dat hij bij niet-nakoming door de erfverpachter van zijn zakelijke verplichting tot het verschaffen van het genot van het in erfpacht uitgegeven terrein een slechts beperkte keuze heeft uit het wettelijk sanctie-apparaat, namelijk ofwel een vordering tot nakoming van de verplichting als bedoeld in art. 3:296 BW, ofwel een vordering uit onrechtmatige daad wegens een inbreuk op zijn erfpachtsrecht.<sup>176</sup>

Anderzijds stelt met name Van Velten uitdrukkelijk in het kader van het recht van erfpacht dat de bepalingen van boek 6 in beginsel van toepassing zijn voor zover bijzondere bepalingen van boek 5 daaraan niet derogeren.<sup>177</sup> Deze stelling vloeit voort uit een oude dogmatische visie van Diephuis en Suyling op de aard van een goederenrechtelijk recht, die pregnant is verwoord door Schoordijk:

"Bij beperkte zakelijke rechten als erfpacht moeten wij rechtstheoretisch denken in *obligatoire* termen, onder de aantekening dat zij *krachtens de wet verzakelijkt kunnen worden*"<sup>178</sup>

- 
- 173 Vgl. de Franse Cour de cassation 21 januari 1998, D 1999, p. 571, met noot van B. Mallet-Bricout, waarover ook A. C. van Schaick, NTBR 2001/9, p. 469.
- 174 Zie Rank-Berenschot, diss., p. 104 en 134, en Goederenrecht, 2001, nr. 467.
- 175 Op grond van de schakelbepaling in art. 6:216 BW geldt vermoedelijk in ieder geval een uitzondering voor afd. 6:53 BW over algemene voorwaarden.
- 176 Het betreft een onrechtmatig handelen van de eerste categorie in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Dat heeft consequenties voor de wijze waarop de aansprakelijkheid moet worden geconstrueerd, zie C. H. Sieburgh, in NJB 1997, p. 628, en in Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. Groningen, 2000.
- 177 A. A. van Velten, preadvies KNB 1995, p. 68-70 en in *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.12, zie ook W. J. M. Davids in Asser-Mijnsen-Davids-Van Velten 3-II, 13<sup>e</sup> druk 1996, nr. 214, in een passage die door C. C. van Dam is geschraapt in 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 215.
- 178 H. C. F. Schoordijk, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* NJB 1992/37, p. 1205, § 6 en 7 "de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter is rechtstheoretisch een puur *obligatoire* overeenkomst, die krachtens de wet in een zakelijk jasje gestoken kan worden", met verwijzing naar Diephuis X, 1886, p. 11-

In deze benadering is elke uit een goederenrechtelijk recht voortvloeiende verplichting dus te kwalificeren als een verbintenis.<sup>179</sup>

Deze benadering leidt ertoe dat bijvoorbeeld de erfpachter van het haverterrein ervoor kan kiezen om aanvullende of vervangende schadevergoeding te vorderen op grond van afd. 6.1.9 BW en ertoe overgaan aan de erfverpachter een termijn voor nakoming in de zin van art. 6:82 lid 1 BW te stellen, of om op grond van afd. 6.1.7 BW de nakoming van zijn canonverplichting op te schorten totdat zijn verzakelijkte recht door de erfverpachter is nagekomen. Naast deze verbintenisrechtelijke instrumenten kan de goederenrechtelijk gerechtigde dan ook nog beschikken over additionele sanctioneringsmogelijkheden uit het goederenrecht. Voor dit geval biedt boek 5 geen bijzondere additionele bevoegdheid, maar wel voor het geval dat een erfpachter in gebreke blijft met de betaling van de canon. De wet geeft in art. 5:87 lid 2 BW aan de erfverpachter een bijzondere, aanvullende bevoegdheid om het erfpachtsrecht op te zeggen zodra de erfpachter in verzuim is om de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen.

---

12: uit de betrekkingen tussen personen en zaken kunnen betrekkingen tussen personen voortvloeien "met name wanneer deze een recht hebben op dezelfde zaak, zij zijn ook dan verbintenissen, al behoort de bron waaruit ze geboren worden tot het zakenrecht.", en naar Suyling, V, nr. 316 en 317: "Met het bestaan van een zakelijk recht is altijd een meer of minder uitgebreide wettelijke obligatoire relatie tussen eigenaar en zakelijk gerechtigde gegeven." Schoordijk plaatst zich uitdrukkelijk in de lijn van Suyling en lijkt alle 'zakelijke verplichtingen' te kwalificeren als zakelijke verbintenis. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, preadvies NJV 1956-I, p. 57-58; en W. Snijders, Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR 6365-6367 (1999), p. 563, noot 28: "De verhouding tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde, nader geregeld in de akte van vestiging, is in wezen contractueel, ook nadat zij door overdracht van hoofdrecht of beperkt recht op anderen dan de oorspronkelijke partijen overgaat. In elk geval geldt hier art. 6:216 in verbinding met art. 6:248 BW." Zie verder § 9.3.3.

- 179 De vraag of de wederzijdse verplichtingen tussen zakelijk gerechtigden kunnen worden aangemerkt als verbintenissen, is uiteindelijk niet de kern van de zaak; het gaat vooral om de vraag of de rechtsgevolgen van deze kwalificatie, in het bijzonder de vraag in BW-termen of boek 6 onverkort op die verbintenissen uit goederenrechtelijke bron van toepassing is. Ondanks hun kwalificatie van dergelijke verplichtingen als verbintenis is niet evident dat Diephuis en Suyling deze vraag bevestigend zouden hebben beantwoord. Zo ja, dan is het nog de vraag of de normen van boek 6 in de goederenrechtelijke context dezelfde invulling mogen krijgen als in een contractuele context.

### 6.8.2 De rechtspraak

De rechtspraak van de Hoge Raad vertoont een wisselend beeld. Relevant is onder meer een arrest uit 1948.<sup>180</sup> Het betrof de destijds in art. 658 Oud BW en thans in art. 3:120-125 BW geregelde verplichting tot vergoeding van de waarde van hetgeen op andermans grond is gebouwd. Duidelijk was dat de eigendom van het gebouwde door natrekking verloren was gegaan krachtens destijds art. 656 Oud BW en thans art. 5:20 BW.<sup>181</sup> De vraag rees of de wettelijke bepalingen inzake waardevergoeding de contractuele verhouding tussen de bouwer en de eigenaar van de grond vervingen:

"dat artikel 656 als algemeen geldenden regel stelt, dat al hetgeen op een erf gebouwd is, mits het gebouwde met den grond verenigd zij, behoort aan den grondeigenaar;

dat de artt. 658 en 659 BW, in verband met de werking van dezen regel, voor het geval van het bouwen met eigen bouwstoffen op eens anders grond de verbintenissen vaststellen, welke tussen bouwer en grondeigenaar ontstaan;

dat deze voorschriften in hun oorsprong - evenals de bepalingen van art. 555 van den Code civil, waaraan zij zijn ontleend - een onderdeel vormen van de regeling der revindicatie, waarbij de wet verbintenissen in het leven roept tussen den eigenaar en den bezitter der opgeëiste zaak in verband met het feit, dat de bezitter voor deze zaak uitgaven heeft gedaan (Pothier, de la Propriété nrs 343 e.v.);

dat reeds hieruit volgt, dat de bepalingen der artt. 658 en 659 enkel gegeven zijn voor het geval, waarin de betrokken personen op geen andere wijze met elkaar in aanraking zijn gekomen dan doordat de een heeft gebouwd op het terrein van den ander, en dat zij niet bestemd zijn gevallen te regelen, waarin degeen, die met eigen materiaal op andermans grond bouwt, reeds tot den grondeigenaar in een rechtsbetrekking ten opzicht van den grond staat;

dat, zodra door den grondeigenaar toestemming tot het bouwen is gegeven, een contractuele verhouding betreffende het bouwen tussen dezen en den bouwer aanwezig is, en dan zowel de vraag, of de bouwer het recht heeft het gebouwde weer weg te nemen, als de vraag, of de grondeigenaar hem kan nopen tot afbraak op eigen kosten, alsmede de vraag, of en in hoeverre de bouwer aanspraken heeft op vergoeding jegens den grondeigenaar met het oog op diens verkrijging van den

---

180 HR 30 april 1948, NJ 1949, 253 m.nt. DJV (Smit/NV Amsterdamse Huizenhandel). Dit arrest geniet vooral bekendheid om de daarin ten tweede geformuleerde rechtsregel dat de wederpartij van een onbevoegd vertegenwoordigde rechtspersoon het recht mist zich aan de overeenkomst te onttrekken in zoverre de vertegenwoordigde het in zijn macht heeft de overeenkomst te bekrachtigen.

181 Zie HR 30 oktober 1914, NJ 1914, p. 1328: "Art. 658 B.W. regelt wel de vermogensrechtelijke gevolgen van de verbintenis die, in het daarin omschreven geval, uit de wet ontstaat tusschen den aanlegger van het werk en den grondeigenaar, doch niet opheft, noch verandert de werking van het recht van natrekking in art. 656 BW omschreven, welk artikel als algemeen geldenden regel stelt, dat al hetgeen op een erf gebouwd is, mits het gebouwde met den grond vereenigd zij, behoort aan den grondeigenaar;"

eigendom der bouwstoffen, moeten worden beantwoord door vaststelling van den inhoud van die contractuele verhouding;

dat de bepalingen van de artt. 658 en 659 niet slechts niet bestemd zijn om, voor het geval het bouwen op eens anders grond een contractuele basis heeft, de rechten en verplichtingen van partijen te regelen, maar dat het bovendien doelmatiger is de rechten en verplichtingen van partijen voor dat geval binnen het kader der contractuele rechtsbetrekking naar den wil van partijen en de werking der beginselen van goede trouw en billijkheid te bepalen;

dat mitsdien 's Hof's beslissing, dat de hierbovengenoemde wetsartikelen alleen geschreven zijn voor die gevallen, waarin het bouwen zonder toestemming van den grondeigenaar geschiedt, en dat, in geval die toestemming wel is verleend, de rechtsgevolgen van deze handeling worden beheerst door de contractuele verhouding, juist is."

Dit arrest stelt de contractuele verhouding voorop; de bijzondere regels van het goederenrecht inzake waardevergoeding zijn alleen van toepassing voor zover een contractuele rechtsverhouding ontbreekt. Het arrest is hiermee van principieel belang, maar onzeker is welke conclusie eraan moet worden verbonden voor de rechtsverhouding van de betrokkenen bij een goederenrechtelijk recht wanneer een contractuele verhouding buiten het goederenrechtelijke recht ontbreekt.

Het arrest Swieringa uit 1959 betreft het recht van vruchtgebruik en de plicht tot teruggave van de in vruchtgebruik genomen zaak bij het einde van het vruchtgebruik. Volgens de Hoge Raad is voor de bij het einde van het vruchtgebruik op de vruchtgebruiker rustende aansprakelijkheid beslissend "de inhoud van de ingevolge de wet tussen vruchtgebruiker en eigenaar bestaande verbintenis"; op de vruchtgebruiker rust jegens de eigenaar "de verbintenis om bij het einde van het vruchtgebruik de zaken terug te geven, in welke verbintenis begrepen is de verplichting om op dit tijdstip als een goed huisvader voor het behoud daarvan te zorgen".<sup>182</sup> Sterk vergelijkbaar is een arrest uit 1999 inzake een recht van erfpacht naar aanleiding van een geschil over heruitgifte tegen een fors hogere canon. De Hoge Raad onderschreef het oordeel van het Hof in Den Haag dat in de verhouding tussen een erfverpachter en de zittende erfpachter geen sprake is van "een - bij de heruitgifte voortgezette - contractuele band", maar tussen hen na expiratie van het tijdelijke erfpachtsrecht "een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding is blijven bestaan".<sup>183</sup> Deze beide arresten lijken steun te bieden voor het standpunt dat in de verhouding tussen de betrokkenen bij een goederenrechtelijk

182 HR 16 januari 1959, NJ 1959, 355 (Swierenga).

183 HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Haagse erfpacht), waarover mijn bijdrage aan NTBR 2000/3. Vermoedelijk is HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452 m.nt. WMK een voorloper.

recht sprake is van verbintenissen, zonder dat sprake is van een contractuele verhouding die met het beperkte recht mee is overgegaan op derden. De arresten betreffen overigens beide de situatie na expiratie van het beperkte recht; van een goederenrechtelijk recht was dus op dat moment geen sprake meer.

### 6.8.3 De wetgever

Het standpunt van de wetgever is af te leiden uit zijn beschouwingen omtrent het karakter van de verplichting die krachtens art. 5:85 lid 2 BW aan de erfpachter kan worden opgelegd om een canon te betalen aan de erfverpachter.<sup>184</sup> In de Toelichting Meijers is de controverse over de vraag 'of de canon een persoonlijke dan wel een zakelijke last is' uitdrukkelijk vermeld.<sup>185</sup> De Toelichting vervolgt met de stelling dat deze canonverplichting in het ontwerp wordt gekarakteriseerd als een kwalitatieve verbintenis.<sup>186</sup> Ook in latere Kamerstukken is expliciet voor deze karakterisering gekozen, omdat het alternatief onwenselijk werd geacht. De kwalificatie van de canonverplichting als 'een zakelijke last die uitsluitend drukt op het recht van erfpacht', zou tot het onredelijke resultaat leiden dat na overdracht van het recht van erfpacht aan een derde de oorspronkelijke erfpachter niet aansprakelijk is voor de termijnen van de canon die tijdens de duur van zijn genot opeisbaar zijn geworden.<sup>187</sup> Hieraan ten grondslag ligt het uitgangspunt dat een zakelijke verplichting alleen zou kunnen worden verhaald op dat zakelijke recht zelf; het verhaal van de canonverplichting is in de klassieke benadering dus beperkt tot het erfpachtsrecht zelf.<sup>188</sup>

184 In vergelijkbare zin is art. 5:101 lid 3 BW inzake de retributieverplichting voor een recht van opstal.

185 Een canonverplichting met zakelijk karakter wordt in de literatuur ook wel aangeduid als *Reallast*, waarschijnlijk op basis van buitenlands recht. Zie over het begrip *Reallast* en het Nederlandse recht o.a. L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, 1933, p. 223, noot 1, en eerder Terpstra, *Reallasten in het Nederlandsche B.W.*, diss. 1918.

186 TM bij art. 5:85, PG 5, p. 300 "Op de erfpachter rust een kwalitatieve verbintenis, die met het erfpachtsrecht overgaat. Deze verplichting is te vergelijken met die van de eigenaar van een aandeel in een naamloze vennootschap tot volstorting van het aandeel."

187 MvA II bij art. 5:85 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 302.

188 Zie De Vries, a.w., p. 93-94. Van Velten, a.w., p. 70, wijst op Hof Amsterdam 5 april 1984, *Bouwrecht* 1984, p. 731, waarin mogelijk is geacht dat voor de nog verschuldigde canon verhaal wordt genomen op overige vermogensbestanddelen van de erfpachter. Vgl. ten aanzien van grondschulden Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 187 een zakelijke verplichting, die derhalve slechts op het desbetreffende goed kan worden verhaald, is het gevolg van het fenomeen

De keuze van de wetgever om de canonverplichting te karakteriseren als een kwalitatieve verplichting is om twee redenen opmerkelijk. Ten eerste gaat het om een verplichting die ongetwijfeld behoort tot het wezen van het erfpachtsrecht en die dus bij uitstek als een 'zakelijke verplichting' moet worden gekwalificeerd.<sup>189</sup> Het is dus kennelijk onjuist om een tegenstelling te maken tussen enerzijds een kwalitatieve verplichting en anderzijds een tot het wezen van een goederenrechtelijk recht behorende, verzakelijkte verplichting, althans voor de canonverplichting. Ten tweede beantwoordt de canonverplichting niet aan de eigenschappen die in art. 6:252 BW worden vereist voor derdenwerking als kwalitatieve verbintenis, aangezien het een verplichting tot een doen betreft. Dit betekent dat naast het type kwalitatieve verbintenissen dat in art. 6:252 is geregeld, nog een ander type kwalitatieve verbintenis met een ruimere reikwijdte bestaat.

Indien hetgeen in de Parlementaire geschiedenis is opgemerkt ten aanzien van de canonverplichting bij erfpacht kan worden opgevat als een indicatie van het algemene stelsel van het nieuwe goederenrecht, kan daaruit het volgende model worden afgeleid. Alle verplichtingen die *wel* onderdeel uitmaken van de inhoud van een goederenrechtelijk recht worden gerekend - en als zodanig als een 'zakelijke verplichting' zouden kunnen worden aangeduid -, hebben het rechtskarakter van een kwalitatieve verbintenis uit de wet.<sup>190</sup> Dat geldt ook voor alle 'zakelijke' verplichtingen die niet vallen binnen de grenzen van art. 6:252 BW, doordat het verplichtingen tot een doen, of verplichtingen met betrekking tot een niet-registergoed betreffen. Naast de kwalitatieve verbintenissen uit overeenkomst in de zin van art. 6:252 BW bestaan er dus kwalitatieve verbintenissen uit de wet in de vorm van de tot de inhoud van goederenrechtelijke rechten

---

van personificatie, dat ook aan de toekenning van rechtspersoonlijkheid ten grondslag ligt.

- 189 Opgemerkt moet worden dat de canonverplichting op grond van art. 5:85 lid 2 BW een facultatief karakter heeft gekregen. Derhalve kan worden gesteld dat de canon niet langer meer behoort tot de essentialia van het recht van erfpacht. Aldus MvT Inv. bij art. 85 Ow (d.d. 23 mei 1985), PG Overgangsrecht, p. 292. Zie voor het oude recht Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel*, 1871, p. 482-485, waar hij uitvoerig motiveert waarom de betaling van de canon tot het wezen van de erfpacht behoorde.
- 190 Dit sluit goed aan bij het uitgangspunt van Van Opstall, WPNR 4920 (1966), p. 397 l.k., dat de verplichtingen tot een doen die krachtens wettelijke bepalingen bij de vestiging van een beperkt recht worden gelegd op de schouders van ofwel de eigenaar ofwel de beperkt gerechtigde, alle aan te merken zijn als kwalitatieve verplichtingen. Van Opstall meent daarentegen bovendien, p. 398 r.k., dat dergelijke verplichtingen nooit deel uitmaken van de inhoud van een zakelijk recht. Zie ook W.M. Kleijn, *De invloed van het NBW op kettingbedingen en hun werking in de praktijk*, in: *Juri Sacrubundel* 1982, p. 27.

behorende 'zakelijke plichten'.<sup>191</sup> Op deze als kwalitatieve verbintenis uit de wet aan te merken zakelijke plichten is boek 6 van toepassing.<sup>192</sup>

Alle door partijen opgelegde verplichtingen die *niet* tot de inhoud van het door hen gecreëerde goederenrechtelijke recht worden gerekend - en derhalve als 'persoonlijke verplichtingen' zouden kunnen worden aangeduid -, zijn dan verbintenissen uit overeenkomst. Indien deze verbintenissen voldoen aan de omschrijving in art. 6:252 lid 1 BW en aan de overige vereisten voor derdenwerking is voldaan, betreft het *kwalitatieve* verbintenissen uit overeenkomst. Ook op deze verbintenissen is boek 6 in beginsel van toepassing. Verplichtingen die niet worden gerekend tot de inhoud van een goederenrechtelijk recht en die bovendien niet voldoen aan de omschrijving in art. 6:252 lid 1 BW, zijn derhalve gewone verbintenissen die in alle gevallen derdenwerking ontberen.

In dit model zijn dus zowel de als 'kwalitatieve verbintenis (uit de wet)' aan te merken 'zakelijke verplichtingen', als de reguliere 'kwalitatieve verbintenissen (uit overeenkomst)' in de zin van art. 6:252 lid 1 BW, onderworpen aan rechtstreekse toepassing van de regels uit boek 6 BW. Voor de als 'kwalitatieve verbintenis (uit de wet)' aan te merken zakelijke verplichtingen gelden dan bovendien eventuele bijzondere, aanvullende bepalingen in boek 5 BW.<sup>193</sup> Wanneer het om dergelijke 'zakelijke verplichtingen

191 Zakelijke plichten zijn van oudsher als kwalitatieve verbintenis aangemerkt. Zie reeds Asser-Scholten II, Zakenrecht, 8<sup>e</sup> druk 1945, p. 36: "De verplichting tot betaling van den canon rust op den erfpachter *als zoodanig*. Deze verplichtingen noemt men *kwalitatieve verbintenissen*. Zij zijn alleen mogelijk waar de wet dat uitdrukkelijk toelaat." Volgens Scholten is W. L. P. A. Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, 3<sup>e</sup> druk 1917, p. 248, de eerste geweest die de term kwalitatieve verplichting heeft gebruikt. Molengraaff vatte daaronder niet alleen wat hier is aangeduid als de 'zakelijke verplichtingen', maar ook overeenkomsten die van rechtswege overgaan op een verkrijger, zoals huur, pacht, bevrachting en verzekering. Scholten wenste deze overeenkomsten van de zakelijke verplichtingen te onderscheiden door hen 'kwalitatieve overeenkomsten' te noemen.

192 Zie Asser-Scholten II, a.w., p. 37. Zie ook J. Ph. Suijling, Inleiding, 2<sup>e</sup> Stuk 1<sup>e</sup> Gedeelte, Verbintenissenrecht, 1923, § 1, p. 1, die stelde dat de voorschriften omtrent de verplichtingen die de bezitter - de houder in de moderne wettelijke terminologie - en de eigenaar tegenover elkaar te vervullen hebben wanneer de eigenaar zijn goed terugvordert, en de verplichtingen die de pandhouder tegenover de eigenaar van de pandzaak heeft na te komen, tot het verbintenissenrecht behoren. Zie verder Eggens, rede KNAW 1960, waarover § 9.3.3.

193 Zie ook meer algemeen mijn beschouwingen over de vraag of er in goederenrechtelijke verhoudingen ruimte bestaat voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid uit het verbintenissenrecht, in verband met het vraagstuk van nawerking van de titel voor vestiging van het beperkte recht: Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht, NTBR 2000/3, p. 91-96. Vgl. verder C. C. van Dam in Asser-Mijnsen-Van Dam-Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 220, en A. A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.10. Zie ook hierna § 9.5.1.2.

tingen' gaat, kan onverkorte toepassing van alle verbintenissenrechtelijke regels en rechtsmiddelen echter ongewenst zijn. Verdedigbaar is dat in dit model bij de sanctionering van 'zakelijke verplichtingen' rekening moet worden gehouden met de goederenrechtelijke context, ook indien in boek 5 geen bijzondere, aan de algemene regeling derogerende bepalingen zijn opgenomen.<sup>194</sup> Dat geldt in mindere mate ook voor de kwalitatieve verbintenissen uit overeenkomst in de zin van art. 6:252 BW.

In het hier geschetste model hebben dus alle 'zakelijke verplichtingen' die deel uitmaken van een goederenrechtelijk recht, zowel de zakelijke verplichtingen ten laste van de beperkt gerechtigde als die ten laste van de moedergerechtigde, het rechtskarakter van een 'kwalitatieve verbintenis (uit de wet)'. In de parlementaire geschiedenis zijn met betrekking tot de goederenrechtelijke rechten geen vormen van 'zakelijke verplichtingen' gevonden die op grond van hun bijzondere kenmerken niet gekwalificeerd zouden kunnen worden als kwalitatieve verbintenissen uit de wet. Ook voor zover bijvoorbeeld de verhaalsmogelijkheden zijn beperkt tot het goederenrechtelijke recht zelf, is er geen logische noodzaak om het bestaan van een afzonderlijke categorie 'zakelijke plichten' aan te nemen die niet het rechtskarakter van een kwalitatieve verbintenis hebben. In geval van een beperking van de verhaalsmogelijkheden voor een bijzondere verplichting, gaat het dan om een verbintenis waarvoor het verbintenissenrechtelijke arsenaal van sanctiemogelijkheden is beperkt op basis van de wet of de aard van de verplichting. Boek 6 is in een dergelijk geval niet onverkort van toepassing.

Met dergelijke verbintenissen correspondeert steeds een recht van de beperkt gerechtigde op de moedergerechtigde of vice versa.<sup>195</sup> Voor de

194 Vgl. Rank-Berenschot, diss., p. 138. De gevolgen van niet-nakoming moeten enigszins worden genuanceerd ten opzichte van de gevolgen van niet-nakoming van gewone aanvullende verbintenissen, maar slechts in beperkte mate kwalitatieve verplichtingen worden "in zoverre met een echt zakelijk beding gelijkgesteld dat niet-nakoming geen aanleiding kan zijn tot ontbinding van de obligatoire overeenkomst krachtens welke het zakelijk recht werd verkregen". Voor terughoudendheid pleit ook J. de Jong, recensie preadviezen erfpacht, WPNR 6190 (1995), p. 526 r.k. de betreffende regeling in boek 6 moet zich verdragen met het karakter van de erfpacht als beperkt recht.

195 Bij gestapelde rechten, zoals besproken in § 6.3, rijst de vraag of een beperkt gerechtigde wiens recht door een andere beperkt gerechtigde is gevestigd, een rechtstreekse aanspraak jegens de moedergerechtigde kan hebben. N.m.m. is dat het geval. Dit betekent dat een vruchtgebruiker van een recht van erfpacht rechtstreeks de erfverpachter kan aanspreken tot nakoming van bijvoorbeeld zijn onderhoudsverplichting of zijn wettelijke verplichting tot waardevergoeding op grond van art. 5:99 BW voor door de vruchtgebruiker aangebrachte gebouwen en werken. Hiervoor is niet nodig een beroep te doen op het leerstuk van het derdenbeding of de derdenwerking van overeenkomsten.



volledigheid moet nog worden gemeld dat hiervan niet bij elke verplichting met betrekking tot een goed sprake zal zijn. In § 7.9 zal worden beschreven dat niet elke bevoegdheid met betrekking tot een goed een subjectief goederenrechtelijk recht vormt, zelfs niet wanneer aan die bevoegdheid van rechtswege een mate van derdenwerking is verbonden. Zo is eveneens denkbaar dat de wet of een rechtshandeling een verplichting met betrekking tot een goed creëert, zonder dat die verplichting resulteert in een verbintenis die correspondeert met een recht van een ander. Een voorbeeld is de verplichting die voortvloeit uit een testamentaire last.<sup>196</sup> Ook een dergelijke verplichting met betrekking tot een goed buiten het kader van een door partijen gevestigd goederenrechtelijk recht zou een zakelijke of goederenrechtelijke verplichting kunnen worden genoemd, maar daarvoor zou het bijzondere wettelijke regime gelden en niet de hierboven vermelde uitgangspunten.<sup>197</sup>

#### 6.8.4 Rank-Berenschot, Du Perron en het subtractieprincipe

Bij nauwgezette lezing van haar dissertatie blijkt dat Rank-Berenschot onvoldoende recht wordt gedaan wanneer aan haar de opvatting wordt toegeschreven dat de erfverpachter die op zijn canon zit te wachten, niets anders dan een vordering tot nakoming of een vordering op grond van onrechtmatige daad rest naast de bijzondere wettelijke opzeggingsbevoegdheid na twee jaar in art. 5:87 BW.<sup>198</sup> Niet alleen erkent zij dat de wetgever ervoor heeft gekozen de canonverplichting te karakteriseren als kwalitatieve verbintenis.<sup>199</sup> Ook acht zij het fenomeen van een 'zakelijke verplichting' en de beperkingen die daaruit in de klassieke leer voortvloeien, onbevredigend. De crux van de aanbevelingen van Rank-Berenschot in het laatste hoofdstuk van haar proefschrift is juist dat een beperkt goederenrechtelijk recht dogmatisch moet worden gekarakteriseerd als 'een door eigendom c.q. hoofdgerechtigdheid gekwalificeerde obligatoire gebondenheid'.<sup>200</sup> In de relatie tussen de betrokken partijen wordt het be-

---

196 Zie § 7.9.5.3.

197 Vgl. HR 9 juni 2006, AU9234, RvdW 2006, 591 (Van Hees q.q.), r.o. 3.5.2: een faillissementscurator treedt niet buiten de in de wet aangewezen gevallen in de verplichtingen van de gefailleerde.

198 Aldus met name Schoordijk en Van Velten, als vermeld in § 6.8.1.

199 Goederenrecht, nr. 671, en diss., p. 139.

200 Diss., p. 320; zie § 12.3 ('Beperkt zakelijk recht als functie van persoonlijk recht'), met praktische uitwerking in § 12.6. Op p. 321, onderaan, wordt het beperkt zakelijke recht omschreven als 'een kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid'. Zie ook p. 335 (Besluit). "In plaats van het duo persoonlijk-zakelijk (omvattende volledig en beperkt recht) geldt nu het trio volledig-beperkt-persoonlijk recht. Daarbij

perkte zakelijke recht bestempeld als een duurovereenkomst, het fungeert als een relatie krachtens welke betrokkenen zich tot min of meer voortduurende verplichtingen jegens elkaar gehouden weten <sup>201</sup> Aldus bezien, zouden leemten in de 'wanprestatie'-regeling worden opgevuld, en zou de eenheid van het instrumentarium bij niet-nakoming van met het beperkte recht verband houdende verplichtingen worden bevorderd <sup>202</sup> Haar vertolking van de klassieke leer in § 7.3 van haar studie moet dus worden bezien in het licht van haar aanbevelingen in het slothoofdstuk <sup>203</sup>

Deze herkaracterisering van het beperkt zakelijke recht stuit op enige weerstand bij Du Perron. Hij meent dat Rank-Berenschot ten onrechte het object van het absolute recht verwijdt <sup>204</sup> Het betreft met name haar stelling dat er geen principieel maar hoogstens een gradueel verschil is tussen enerzijds de verplichting tot het verschaffen van het genot van een erfdienstbaarheid en anderzijds de verplichting tot onderhoud van het dienend erf in verband met diezelfde erfdienstbaarheid, in het bijzonder in het kader van een faillissement van de eigenaar van het dienend erf <sup>205</sup> Volgens Du Perron is er wel een principieel verschil: de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid kan het genot daarvan hebben zolang het object van dat recht blijft bestaan. Met de boedel heeft hij niets van doen. Daarentegen impliceert de onderhoudsverplichting dat een prestatie wordt verricht, welke ten laste van de boedel komt.

Hiermee komt het subtractieprincipe opnieuw in beeld. Wanneer namelijk het beperkte goederenrechtelijke recht in de dogmatische lijn van Rank-Berenschot wordt gezien als een kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid van de moedergerechtigde, maar deze omschrijving in de lijn van Du Perron wordt beperkt tot verplichtingen die de moedergerech-

---

ligt de caesuur tussen volledig recht enerzijds en beperkt en persoonlijk recht anderzijds

201 § 12:64, p. 333, met verwijzing naar Scholten, *Opmerkingen over het ontwerp-pachtwet*, WPNR 3124 en 3125 (1929), p. 637 en 647, en Eggens, *Art. 1438, 3° BW en de derde bezitter*, WPNR 3132-3134 (1930), p. 2, 13 en 25.

202 § 12:64, p. 332.

203 C. J. H. Brunner, *RM Themis* 1998/3, p. 75-77, is haar uitdrukkelijk bijgevalen.

204 C. E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam, 1999, p. 3.

205 Rank-Berenschot, diss., p. 143 (Ook reeds de enkele verschaffing van het genot heeft een waardedrukkend effect en treft om die reden de boedel) en 334. Zij bekritiseert de verschillende behandeling van afzonderlijke verplichtingen binnen een zakelijk recht doordat sommige rechten of direct - als kwalitatieve verbintenis - of bij wijze van analogie - als onderdeel van het zakelijk recht - onder art. 26 Fw worden gebracht, terwijl de echte zakelijke bevoegdheden onder art. 25 Fw vallen. Krachtens art. 26 Fw kan een crediteur van een gefailleerde zijn vordering ter verificatie indienen, maar dit geldt alleen voor verbintenissen, niet voor overige rechtsplichten, van de gefailleerde. Zie verder ook Asser 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 45, slot in reactie op Van Opstall, a.w.

tigde tot een prestatie dwingen, dan resulteert een situatie die lijkt op die bij toepassing van het subtractieprincipe. De verplichting van de eigenaar van het dienende erf om het genot daarvan te verschaffen, komt neer op het recht van de eigenaar van het heersende erf als beperkt gerechtigde tot een deel van het genot van het dienende erf, en dus op de plicht van de eigenaar van het dienende erf als moedergerechtigde om dat genot door de beperkt gerechtigde te dulden. De bevoegdheid tot genot is afgesplitst van de eigenaarsbevoegdheden en overgedragen aan de beperkt gerechtigde. De corresponderende plicht tot het verschaffen van genot is dan een zakelijke verplichting die niet wordt geherkwalificeerd tot een obligatoire gebondenheid. Een verplichting van de moedergerechtigde tot onderhoud van de zaak waarop het beperkte rechte betrekking heeft, is daarentegen een verplichting tot een doen van de moedergerechtigde, die wel wordt behandeld als een kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid.

Dogmatisch blijft er wel een verschil bestaan tussen de kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid en de beperkende werking van het subtractieprincipe. Op basis van het subtractieprincipe maken plichten tot een doen nooit deel uit van de inhoud van een goederenrechtelijk recht. In de lijn van Rank-Berenschot zijn het wel verzakelijkte verplichtingen die echter worden gelijkgesteld met een kwalitatieve verbintenis.

## **6.9 De vormgeving van beperkte rechten in drie dimensies**

De bespreking in dit hoofdstuk van de algemene beperkingen die zijn gesteld aan de autonomie van partijen bij de invulling van goederenrechtelijke rechten heeft al enigszins een indruk gegeven van de variaties die in de rechtspraktijk kunnen voorkomen. Toch zijn nog veel vragen waarmee de lezer aan het begin van dit hoofdstuk is overvallen nog niet van een antwoord voorzien. Bijvoorbeeld de vragen of eigendom of erfpacht kan worden verschaft van een gebouw zonder de daaronder gelegen parkeergarage, of van een vakantiehuisje voor de maand juli, en ook de vragen of de bevoegdheid tot revindicatie of tot wegneming van aangebrachte zaken zelfstandig kan worden overgedragen, zijn moeilijk in te passen in de analyse van de algemene beperkingen die uit de wet en het wettelijk systeem voortvloeien.

Het voldoende verband vereiste en het subtractieprincipe beperken de mogelijkheden om de inhoud van de beperkte goederenrechtelijke rechten vorm te geven. Het gaat daarbij steeds om een bepaalde wijze van vormgeving: de beperkingen reguleren de mogelijkheden voor partijen om elkaar additionele verplichtingen en bevoegdheden op te leggen in het

kader van het te vestigen goederenrechtelijke recht, bovenop de verplichtingen en bevoegdheden die bestaan op grond van de wet

De mogelijkheid om beperkte rechten nader vorm te geven, wordt in veel gevallen ook op andere manieren benut er is geen sprake van het opleggen van aanvullende verplichtingen en bevoegdheden, maar van afbakening en beperking van de wettelijk uit het beperkte recht voortvloeiende bevoegdheden. Zoals blijkt uit de genoemde vragen kan de nadere afbakening de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde betreffen, maar ook het object waarop het subjectieve recht rust en de periode voor uitoefening van het recht. Deze drie wijzen waarop partijen invulling kunnen geven aan de inhoud van de beperkte rechten worden in deze paragraaf kort uiteengezet. De inhoud, het object en de tijd zijn de drie dimensies die aan de analyse van de ruimte voor de partijautonomie bij de vestiging van beperkte rechten structuur geven.

### 691 *Beperkingen in de inhoud*

De bevoegdheden die aan de beperkt gerechtigde zijn toegekend, bepalen de inhoud van zijn recht. Verschillende wettelijke bepalingen bieden ruimte voor nadere afbakening van de inhoud van de verschillende beperkte rechten. Krachtens art. 5:89 lid 1 BW kan in de akte van vestiging van een recht van erfpacht worden afgeweken van het uitgangspunt dat de erfpachter hetzelfde genot heeft van de zaak als een eigenaar. Krachtens art. 5:102 BW kunnen de bevoegdheden van de opstaller tot het gebruiken, aanbrengen en wegnemen van de gebouwen, werken en beplantingen in de akte van vestiging worden beperkt. De wettelijke regeling van het recht van vruchtgebruik biedt op talloze plaatsen ruimte voor nadere afbakening van de bevoegdheden en verplichtingen van een vruchtgebruiker, bovendien kan krachtens art. 3:216 BW 'bij de vestiging van het vruchtgebruik nader worden bepaald wat met betrekking tot het vruchtgebruik als vrucht moet worden beschouwd'. Een van de belangrijkste vernieuwingen die het BW heeft gebracht in het licht van de *numerus clausus* is verder de grote ruimte die in de regeling van het recht van erfdienstbaarheid aan partijen is gegeven om de inhoud in de akte van vestiging naar eigen believen af te bakenen.<sup>206</sup>

In het algemeen kunnen de bevoegdheden van een beperkt gerechtigde op twee manieren nader zijn afgebakend. Ten eerste is denkbaar dat bij

206 Zie o.a. art. 5:71, 73, 75 en 77 BW. Wat de mogelijkheden tot vormgeving van het recht van erfdienstbaarheid betreft is nog van belang dat het nutsvereiste (*utilitas*) is afgezwakt, en dat het *vicinitas*- of nabuigheidsvereiste is afgeschaft, zie vooral MvA II bij art. 5:70 BW, p. 250-252.

de vestiging van het beperkte recht nader is gespecificeerd wat precies de bevoegdheid is die aan de beperkt gerechtigde is toegekend. Ten tweede is denkbaar dat nader is afgebakend op welk deel van de met een beperkt recht bezwaarde zaak de uit dat beperkte recht voortvloeiende bevoegdheid betrekking heeft.

#### 6.9.1.1 Inhoudelijke afbakening van de bevoegdheden

Eerst de inhoudelijke afbakening van de toegekende bevoegdheden door specificatie ervan. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat partijen uitdrukkelijk hebben bepaald dat een erfdiensbaarheid strekt enkel tot het gedogen van het betreden van het dienende erf te paard in het kader van een vossenjacht. Een boomgaard zou op deze wijze bezwaard kunnen worden met verschillende rechten van vruchtgebruik tegelijkertijd, één tot genot van de appels, één tot gebruik van de bladeren en het afvalhout, en één tot gebruik van het gras. In deze constructie rusten al deze genotsrechten tegelijkertijd op het geheel van dezelfde zaak, maar zijn de gebruiksbevoegdheden beperkt tot verschillende delen of aspecten ervan.

Bij deze vorm van 'opeenhoping' van afzonderlijke genotsrechten ten aanzien van dezelfde zaak, gaat het niet om 'stapeling van beperkte rechten' in klassieke zin. Er is immers geen sprake van een beperkt gerechtigde die zelf zijn beperkte recht met nadere beperkte rechten bezwaart, maar van een pluraliteit van parallelle beperkte rechten naast elkaar, gevestigd door dezelfde moedergerechtigde. De nadere inhoudelijke specificering van de uit die verschillende beperkte rechten voortvloeiende bevoegdheden voorkomt dat ze elkaar bijten.<sup>207</sup>

Het is onzeker of deze vorm van beperking van de inhoud van beperkte rechten onbeperkt mogelijk is binnen het systeem van het Nederlandse goederenrecht. Door middel van de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal ten aanzien van onroerende zaken, en door middel van het recht van vruchtgebruik ten aanzien van roerende zaken en vorderingen, zouden op deze wijze uiteindelijk vrijwel alle denkbare rechten kunnen worden gecreëerd. Het recht wordt steeds gevestigd op het geheel, waarbij in de vestigingsvoorwaarden uitvoerig de bevoegdheden nader worden afgebakend en toegespitst op een deel van het geheel. Zo worden de facto specifieke typen rechten gecreëerd, die als nieuwe benoemde beperkte rechten een zelfstandige rol in het rechtsverkeer gaan spelen. Men komt dan heel dicht bij de situatie van het middeleeuwse recht, waarin de één

---

207 Wanneer de inhoudelijk gespecificeerde rechten wel met elkaar conflicteren, brengt het nemo plusbeginsel mee dat het oudste recht voorgaat.

een recht op de schaduw van de boom had, de ander op de appels, weer een ander op de afgevallen bladeren en het dorre hout, en zo voort.

### 6.9.1.2 Ruimtelijke afbakening van de bevoegdheden

De tweede vorm van afbakening van de bevoegdheden die uit het beperkte recht voortvloeien is de ruimtelijke afbakening. De constructie is dan dat een genotsrecht zoals erfpacht of vruchtgebruik wordt verleend ten aanzien van het geheel van een bepaald perceel, maar dat het daaruit voortvloeiende gebruiksrecht is beperkt tot bijvoorbeeld de tweede verdieping, of de inpandige garage, of een ander ruimtelijk omschreven onzelfstandig onderdeel van dat perceel. Een ander voorbeeld is de vestiging van een recht van opstal om een electriciteitskast of een telefonie-antenne-inrichting op andermans terrein te mogen hebben, waarbij het opstalrecht rust op het gehele perceel maar de daaruit voortvloeiende opstalingsbevoegdheid is beperkt tot een nader in de vestigingsakte afgebakend gedeelte van dat perceel. De eenheid van het bezwaarde object wordt althans schijnbaar gerespecteerd, maar de genotsbevoegdheid wordt in de vestigingsakte nader beperkt.

In hoeverre deze vorm van ruimtelijke afbakening van de bevoegdheden die voortvloeien uit een beperkt recht, geldig is, blijkt moeilijk te zeggen. Er is over deze vraag één duidelijke uitspraak van een rechterlijk college, namelijk het Hof Den Haag uit 1983, in de procedure die heeft geleid tot het Tandartsenpraktijk-arrest. In deze fiscale zaak had een tandarts een recht van vruchtgebruik gevestigd op het praktijkgedeelte van zijn huis, maar niet op het huis zelf. De vraag rees of een aldus afgebakend beperkt recht bestaanbaar was. Het hof meende in dit geval van niet, overwegende:

"dat het aan belanghebbende in eigendom toebehorende perceelsgedeelte waarop hij omstreeks 1975 zijn praktijkruimte heeft doen bouwen, ten tijde van het verlijden van de notariële akte d d 7 dec 1979, een onzelfstandig deel was van het onroerend goed,

dat weliswaar dit perceelsgedeelte te dien tijde een afzonderlijke gebruikseenheid vormde maar zulk een gebruikseenheid indien zij, zoals hier het geval is, is aangebouwd aan en verbonden met een op hetzelfde perceel gelegen, bestaand, onroerend goed, rechtens en feitelijk geen onroerende zaak vormt, afzonderlijk van het bestaande gebouw, dat het recht van vruchtgebruik volgens art. 803 BW is een zakelijk recht om van een anders goed de vruchten te trekken alsof men zelf eigenaar daarvan was, mits zorgende dat de zaak zelve in stand blijft, dat dit zakelijk recht in dit wetboek volledig is geregeld, waarbij geen bepaling is opgenomen, krachtens welke de pp bij de vestiging van het recht hieraan een andere dan de wettelijke inhoud kunnen geven, *dat de wet een vruchtgebruik van een zaak, hetwelk slechts recht zou geven van een deel daarvan het genot te hebben, niet kent* - anders dan

bij het recht van gebruik, bedoeld in art 865 BW, hetwelk echter ten behoeve van een rechtspersoon niet kan worden gevestigd - zodat ook langs deze weg het ontstaan van een recht van vruchtgebruik niet kan worden aangenomen,"<sup>208</sup>

De belastingkamer van de Hoge Raad casseerde vervolgens deze uitspraak omdat het Hof ten onrechte had aangenomen dat het perceelsgedeelte met het praktijkgedeelte geen afzonderlijke zaak vormde. De Hoge Raad koos dus voor de weg van splitsing van de onroerende zaak, zodat het beperkte recht alleen op het afgesplitste gedeelte van de grond en het daarop gebouwde kon komen te rusten. Deze wijze van ruimtelijke afbakening van de inhoud van een beperkt recht is een andere dan die door het hof was veroordeeld; het gaat hier om afbakening van het object waarop het goederenrechtelijke recht rust.<sup>209</sup> Dit type beperking is wezenlijk anders van aard; zij valt in de hieronder nader beschreven tweede categorie. Het oordeel van het hof dat een recht van vruchtgebruik op een deel van een zaak onbestaanbaar is, komt in het arrest van de Hoge Raad niet meer aan de orde.

Bij de rechtsoverweging van het hof 'dat de wet een vruchtgebruik van een zaak, hetwelk slechts recht zou geven van een deel daarvan het genot te hebben, niet kent', moeten twee kanttekeningen worden gemaakt. Ten eerste is deze rechtsoverweging beperkt tot het recht van vruchtgebruik, zodat onzeker is of hieruit een algemene regel voor alle typen beperkte rechten kan worden afgeleid. Curieus is de opmerking van het hof over het recht van gebruik en bewoning wel kan strekken tot gebruik van slechts een deel van een zaak.<sup>210</sup> Het zou dan denkbaar zijn verschillende rechten van gebruik en bewoning ten aanzien van hetzelfde huis te vesti-

---

208 Hof's-Gravenhage 28 september 1983, te kennen uit HR 29 mei 1985 (derde kamer), NJ 1986, 274 m nt WMK (Tandartsenpraktijk), cursivering toegevoegd.

209 Uit de weergave van de feiten blijkt dat niet het gehele perceel van de tandarts werd belast met het recht van vruchtgebruik, in de notariële transportakte was uitdrukkelijk alleen sprake van het perceelsgedeelte waarop de praktijkruimte stond. Feitelijk was dus geen sprake van een recht van vruchtgebruik op een geheel waarbij de daaruit voortvloeiende bevoegdheden zijn beperkt tot een gedeelte, ook al doen de bewoordingen van de uitspraak van het Hof wel zo vermoeden.

210 Het hof noemt art 865 van het oude BW, maar een dergelijke mogelijkheid viel hoogstens af te leiden uit art 875 lid 2, een bepaling over de draagplicht voor onderhoudskosten, waarin wordt gerept van een gebruiker die 'een deel van een huis bewoont'. Het recht van gebruik en bewoning is een goederenrechtelijk maar onoverdraagbaar recht dat nu is geregeld in art 3:226 BW, maar ook deze bepaling levert geen aanwijzingen op voor de mogelijkheid om het recht te doen strekken tot gebruik of bewoning van een gedeelte van een zaak. Vgl. Hof Arnhem 18 april 1983, NJ 1984, 175, ten aanzien van een als recht van gebruik en bewoning vormende verhuur van een kamer op de Hugo de Grootstraat in Nijmegen, m n. Pres. Rb. r o 5, geciteerd in § 6:922.

gen<sup>211</sup> Waarschijnlijk is het recht van gebruik en bewoning een ius speciale, waarvoor bijzondere regels gelden<sup>212</sup> Er kan dan geen algemeen principe uit worden afgeleid<sup>213</sup>

Een tweede kanttekening bij de uitspraak van het hof is dat uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan het oude BW Het is goed denkbaar dat ook op dit punt in de nieuwe wet een verruiming van de mogelijkheden tot invulling van de beperkte rechten besloten ligt, maar naast de algemene passages over de numerus clausus in de parlementaire geschiedenis is nergens uitdrukkelijk en concreet aangegeven dat deze vorm van nadere beperking van de inhoud van beperkte rechten in het algemeen mogelijk is geworden Wel heeft de wetgever specifiek ten aanzien van het recht van opstal vermeld dat de bevoegdheden kunnen worden beperkt tot één of meer bepaalde gebouwen die zich op het bezwaarde perceel bevinden<sup>214</sup> Dit betekent dat de bevoegdheden van de opstaller ruimtelijk zijn beperkt tot een deel van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust Deze mogelijkheid tot ruimtelijke afbakening van de genotsbevoegdheid is kenmerkend voor het opstalrecht<sup>215</sup> Daarom moet betwijfeld worden

- 
- 211 Aldus A J H Pleysier, iets over appartementsrecht en erfpacht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p 1-2 Zo zou men zich ook kunnen voorstellen dat de een een recht van gebruik en bewoning heeft van sommige kamers, een ander van andere kamers Beider recht drukt dan op het hele huis, maar die rechten zitten elkaar niet in de weg zolang de inhoud van die rechten op verschillende ruimten slaat
- 212 Wellicht moet op historische gronden worden aangenomen dat het recht van gebruik en bewoning kan strekken tot gebruik van slechts een gedeelte van een zaak, of zelfs dat het recht van gebruik en bewoning kan rusten op slechts een onzelfstandig gedeelte van een huis In deze zin H D Ploeger (*de auditu*)
- 213 Uitdrukkelijk anders Pleysier, a w , Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p 1-2, die de constructie van het recht van gebruik en bewoning, waarin de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden worden beperkt tot een gedeelte van een onroerende zaak, eveneens toepasselijk acht bij het recht van vruchtgebruik en het recht van erfpacht 'Ziet men dit eenmaal in, dan zou ook mogelijk zijn een erfpachtsrecht dat op het gehele huis drukt maar als inhoud heeft het genot van sommige ruimten, terwijl een ander erfpachtsrecht op hetzelfde huis drukt dat een genot geeft van andere ruimten Er is immers geen enkel wetssystematisch of dogmatisch argument te ontwaren waarom bij de erfpacht niet zou kunnen wat bij het recht van gebruik en bewoning wel kan
- 214 MvA II bij art 5 103 (d d 16 oktober 1972), PG 5, p 361 Anderzijds is ook mogelijk om de bevoegdheden van de opstaller ten aanzien van de zaak waarop zijn recht rust in de akte van vestiging te beperken Zo bijvoorbeeld is het denkbaar dat het opstalrecht, rustend op een bepaald erf, in die zin door partijen beperkt is dat bepaalde gebouwen enz die zich op het erf bevinden, van het opstalrecht worden uitgezonderd, zodat deze eigendom blijven van de eigenaar van de grond
- 215 Vgl ook TM bij titel 5 8 (opstal), PG 5, p 356 'Welke bevoegdheden de eigenaar zelf overhoudt, hangt van de omstandigheden af, in vele gevallen, in het bijzonder bij de afhankelijke opstalrechten, zal hij, zolang het opstalrecht duurt, weinig of geen gebruiksbevoegdheden t a v de grond overhouden, in andere gevallen, b v als het opstalrecht betrekking heeft op beplantingen, die slechts een deel van het



of de wettelijke regeling voor de andere beperkte rechten een vergelijkbare ruimtelijke beperking van de inhoud van de daaruit voortvloeiende bevoegdheden toelaat.

### 6.9.2 Beperkingen in de ruimte

Fundamenteel anders dan de nadere beperking van de inhoud van het beperkte recht zelf, is de nadere afbakening van het object waarop dat recht rust. Niet de bevoegdheden die voortvloeien uit een beperkt recht zijn nader beperkt of toegespitst op een deel of een aspect van het object, maar het beperkte recht zelf rust in dit geval slechts op een gedeelte van het object. Concreet voorbeelden uit de praktijk illustreren het verschijnsel: de Haagse Poort, het Haagse Stadhuis en andere stedenbouwkundige projecten aldaar leveren fraaie voorbeelden op van creatief gebruik van de beperkte rechten op onroerende zaken door middel van ruimtelijke afbakening van hun object.<sup>216</sup> Daarbij zijn drie vormen te onderscheiden, enerzijds afbakening in het horizontale vlak door verticale splitsing en anderzijds verticale afbakening door horizontale splitsing, en ten derde een tussenvorm, die soms de *footprint*-constructie wordt genoemd.

#### 6.9.2.1 Verticale splitsing

De horizontale vorm van ruimtelijke afbakening, die kan worden aangeduid als verkaveling, is klassiek. Het is naar geldend recht zonder twijfel mogelijk om een deel van een stuk grond te bezwaren met een beperkt goederenrechtelijk recht.<sup>217</sup> Zodra de vestigingsakte aan de bewaarder van de openbare registers wordt aangeboden, wordt het perceel op basis van de omschrijving in de akte kadastraal gesplitst in twee afzonderlijke percelen, één ter grootte van het gedeelte dat met het beperkte recht is be-

---

met opstal belaste perceel innemen, is het voor de eigenaar overblijvende genotsrecht niet onbelangrijk."

216 Een aantal Haagse projecten is beschreven door R.L.Th. Rietbroek, Toepassing van zakelijke rechten in de praktijk, *Bouwrecht* 1996/9, p. 702-708. Zie voor andere projecten, m.n. in Amsterdam, A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, §§ 2.12 en 12.4.

217 Deze mogelijkheid is ook af te leiden uit art. 5:91 lid 2 BW inzake een toestemmingsbeding voor overdracht van een recht van erfpacht: in de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter zijn recht niet zonder toestemming van de erfverpachter kan splitsen door overdracht van de erfpacht op een gedeelte van de zaak. MvA II bij art. 5:91 lid 2, PG 5, p. 313, maakt duidelijk dat het hier niet gaat om splitsing van de erfpacht in appartementsrechten en ook niet om overdracht van een aandeel in het recht van erfpacht.

zwaard, en één voor het overige.<sup>218</sup> De kadastrale registratie volgt de juridische situatie door de splitsing te administreren. Onduidelijk is of de vestiging van een beperkt recht op een deel van een perceel grond ook de goederenrechtelijke splitsing van die grond in twee afzonderlijke eigendomsrechten tot gevolg heeft.

Deze horizontale afbakening door verticale splitsing is in beginsel ook mogelijk wanneer het perceel is bebouwd. Het bouwwerk zelf wordt in dat geval eveneens juridisch gesplitst. Splitsing van een gebouw is echter alleen mogelijk, indien het afgesplitste deel naar verkeersopvatting een zelfstandige eenheid vormt. In het al genoemde Tandartsenpraktijk-arrest uit 1985 is de mogelijkheid van verticale splitsing van een gebouw door vestiging van een beperkt recht op een zelfstandig gedeelte daarvan uitdrukkelijk erkend.<sup>219</sup> Geen uitdrukkelijk antwoord bestaat echter op de vraag of het mogelijk is om een perceel grond verticaal te splitsen indien

218 Zie nader art. 73 Kadasterwet over 'bijhouding inzake splitsing of samenvoeging van percelen, ambtshalve of op verzoek'. Vgl. MvT bij art. 20 Kadasterwet (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 121: "Aantekening verdient evenwel dat het artikel niet eist dat het in te schrijven stuk steeds een geheel perceel betreft. Voldoende is dat wordt aangegeven van welk perceel of van welke percelen een gedeelte wordt overgedragen, welk gedeelte dan telkens met feitelijke kenmerken nader zal moeten worden aangeduid. Hetzelfde geldt voor de vestiging van hypotheken. De door sommigen uit de huidige artikelen 1219 en 1231, tweede lid, onder 4, BW afgeleide regel dat hypotheken slechts op een geheel kadastraal perceel kunnen worden gevestigd, zal onder het nieuwe recht derhalve tot het verleden behoren. (Iets anders is dat de situatie dat een recht slechts op een deel van een perceel rust, niet bestendig behoeft te blijven, maar kan leiden tot de vorming van nieuwe percelen, zij het dan op verzoek van een belanghebbende.)" Vgl. MvT bij art. 73 Kadasterwet (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 255: "Wanneer op gedeelten van één perceel een verschillende rechtstoestand komt te heersen of heerst, worden deze gedeelten van een nieuwe kadastrale aanduiding voorzien. Wordt één onroerende zaak aangeduid door meer dan één kadastraal nummer, dan mogen die percelen waaruit die onroerende zaak bestaat slechts dan (tot één perceel) samengevoegd worden, indien en voor zover deze percelen dezelfde rechtstoestand bezitten." Zie wat kadastrale perceelsvorming betreft P. de Haan in Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 403. A.J.H. Pleyzier, iets over de kadastrale gevolgen van een beperkt recht, rechtgevend op een gedeelte van een onroerend goed, De Notarisklerk 1295 (1992), p. 158-159.

219 HR 29 mei 1985 (derde kamer), NJ 1986, 274 m.nt. WMK (Tandartsenpraktijk): de vastgestelde feiten "brengen mee dat met betrekking tot het woonhuis en de praktijkruimte sprake is van twee onafhankelijk van elkaar te gebruiken bouwsels, die weliswaar aan één eigenaar toebehoren maar zich naar verkeersopvatting lenen voor verticale splitsing door overdracht van de eigendom als afzonderlijke gebouwen en derhalve ook voor vestiging van vruchtgebruik op één daarvan. Aan de overdracht als afzonderlijke zaak van het praktijkgebouw staat met name niet in de weg dat het tegen het woonhuis is aangebouwd en aldus daarmee is verbonden, en evenmin dat zich tussen de praktijkruimte en het woonhuis een verbindingsdeur bevindt."

het daarop gebouwde zich niet eveneens voor splitsing leent. Partijen zouden kunnen beogen de grond onder een deel van een gebouw, bijvoorbeeld slechts het perceeltje onder het trappenhuis, afzonderlijk over te dragen of te bezwaren met een beperkt recht. Het gevolg zou zijn dat na overdracht dat deelperceeltje eigendom van de één zou zijn, terwijl het daarop gebouwde door horizontale natrekking eigendom van een ander blijft, met alle consequenties van dien.<sup>220</sup> Het is plausibeler dat de overdracht van een deelperceeltje onmogelijk is, indien het daarop gebouwde niet eveneens voor verticale splitsing in aanmerking komt. De juridische eenheid van de grond met het daarop gebouwde wordt door deze beperkende rechtsregel beter recht gedaan en bovendien worden lastige consequenties vermeden. Zowel de uitspraak van Hof Den Haag als het arrest van de Hoge Raad in de procedure over het vruchtgebruik op de tandartsenpraktijk kunnen worden in deze zin worden verstaan. Overdracht van een perceelsgedeelte is dus niet mogelijk, indien het daarop gebouwde zich niet voor splitsing leent.<sup>221</sup>

#### 6.9.2.2 Horizontale splitsing

De tweede vorm van ruimtelijke afbakening van het object, de verticale afbakening door horizontale splitsing, is een betrekkelijk nieuw fenomeen. Met verticale afbakening en horizontale splitsing wordt bedoeld dat ten aanzien van één onroerende zaak ruimtelijk verschillende lagen worden onderscheiden zonder dat sprake is van een splitsing in appartementsrechten. De rechtsgeldigheid van horizontale splitsing in de moderne verschijningsvorm moet nog omstreden worden geacht.

Het geval van de Haagse Poort vormt een mooi voorbeeld. Dit bouwwerk overspant met een boog de Utrechtse baan, een openbare weg die aan de gemeente Den Haag toebehoort. De gemeente Den Haag wenste eigenares te blijven van zowel de openbare snelweg, als de grond waarop

---

220 De eigenaar van het deelperceeltje onder het gebouw van de ander blijft geheel verstoeken van het genot van zijn zaak. Hij kan in beginsel amotie vorderen, tenzij in een dergelijke situatie wordt aangenomen dat hij een gebruiksbevoegdheid heeft toegekend aan de eigenaar van het gebouw. Om de derdenwerking van dit gebruiksrecht veilig te stellen, zou het ontstaan van een beperkt recht van rechtswege moeten worden aangenomen.

221 In deze zin ook annotator Kleijn: "als het gebouw (krachtens verkeersopvatting) vatbaar is voor het aanbrengen van een verticale splitsing, is elk onderdeel vatbaar voor afzonderlijke overdracht, mits ook de grond onder het gebouw langs de lijn van die verticale grens in onderdelen wordt gesplitst", met verwijzing naar A.A. van Velten in zijn noot bij dit arrest in *Bouwrecht* 1985, p. 788, die op dit punt echter niet expliciet is, dezelfde echter wel in *Bouwrecht* 1997, p. 165 (noot bij Hof Den Bosch 7 mei 1996).

de fundamente[n] van het poortgebouw rusten.<sup>222</sup> De bouwgrond is daarom in erfpacht uitgegeven aan de ontwikkelingsmaatschappij. De Duitse investeerders in het gebouw namen echter geen genoegen met een recht van erfpacht; ze drongen aan op een constructie die hen eigendom van het gebouw zou verschaffen.<sup>223</sup> Daarom is een recht van opstal verleend op al hetgeen is gebouwd bovenop de in erfpacht uitgegeven fundamente[n].<sup>224</sup> Dit opstalrecht betreft dus slechts het gebouw vanaf een bepaalde hoogte. In de akte van vestiging is door middel van kaarten de 'hoogte' van het recht precies aangegeven door verwijzing naar het Nieuw Amsterdams Peil. Dat betekent bijvoorbeeld dat op het bouwgedeelte van min 3 NAP tot plus 1 NAP een recht van erfpacht is gevestigd, en daarbovenop een recht van opstal op de bouwlaag vanaf plus 1 NAP en daarboven. De ronde boog van de poort over de openbare weg is aangegeven door middel van een nauwkeurige geometrische beschrijving van de boog in graden, met NAP aanduiding van de laagste en de hoogste punten.<sup>225</sup> Een ander voorbeeld is de Laakhaven in Den Haag; onder zowel een flatgebouw als het aangrenzende openbare vaarwater is een parkeergarage gebouwd. Voor deze bouwlaag is een afzonderlijk, in hoogte afgebakend recht van erfpacht verleend, 'naast' de erfpacht van de 'grond', die aan een andere investeringsmaatschappij is verleend ten behoeve van de bouw van de flat. Een voorbeeld van andere orde is de plaatsing van zendmasten en antennes ten behoeve van mobiele telefonie bovenop gebouwen; hiervoor pleegt een afzonderlijk opstalrecht te worden gevestigd.<sup>226</sup>

- 
- 222 Het behoud van de eigendom van de grond waarover de openbare weg loopt, hangt samen met de gedachte dat de overheid een dergelijke 'openbare zaak' niet behoort te vervreemden; het behoud van de eigendom van alle andere grond is in sommige gevallen te verklaren uit de wens van gemeenten om canon-inkomsten te verkrijgen en in andere gevallen om voorschriften van ruimtelijke ordening via privaatrechtelijke weg af te dwingen.
- 223 Duitse investeerders zijn op grond van de *Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften* gebonden aan beleggingsrestricties zoals die ook in het Btb te vinden zijn. In het bijzonder geldt op grond van de Duitse wet een procentuele beperking van het in mede-eigendom belegd vermogen. Daarom wordt in de Nederlandse vastgoedpraktijk gezocht naar alternatieven voor de splitsing in appartementsrechten, die kennelijk als mede-eigendom in de zin van de Duitse wet worden aangemerkt.
- 224 De erfpachtsvoorwaarden plegen geheel of gedeeltelijk van toepassing te worden verklaard op het recht van opstal.
- 225 De wijze waarop het kadaster is georganiseerd compliceert de inzichtelijkheid van dergelijke structuren. Daarom wordt gepleit voor een vorm van driedimensionale kadastrale registratie. Zie H.D. Ploeger en J.E. Stoter, 3D Kadaster en volumepercelen - Ruimtelijke verdeling van vastgoed, WPNR 6609 (2005), p. 113-118, en de recensie van het proefschrift van Stoter door Van Velten, op p. 122-127 van dezelfde aflevering.
- 226 Een dergelijke 'opstapeling' is door de wetgever uitdrukkelijk voorzien, zie MvA II bij art. 5:101, PG 5, p. 359: "Zelfs is denkbaar dat een leiding of ander werk zich

Een belangrijk detail is de wijze waarop de horizontale afbakening van het recht vorm is gegeven: is sprake van horizontale afbakening van het recht zodat het alleen op de desbetreffende bouwlaag komt te rusten, of is sprake van horizontale afbakening van de bevoegdheden die uit dit recht voortvloeien? Op dit punt zijn de gebruiken in de rechtspraktijk niet eenduidig.<sup>227</sup> Beoogd kan zijn dat een beperkt recht rust op het gehele perceel maar slechts ten aanzien van een horizontaal afgebakend gedeelte bevoegdheden verschaft, zodat het geval gerubriceerd moet worden in de eerste hierboven beschreven categorie van inhoudelijke afbakening van het beperkte recht. Van horizontale splitsing is strikt genomen alleen sprake wanneer een beperkt recht slechts op een deel van de zaak komt te rusten, in die zin dat alleen die bouwlaag met dat recht is bezwaard.<sup>228</sup> Bij

bevindt op of boven een gebouw van een ander dat op zijn beurt weer op de grond van een derde staat (opstal op opstal) "Onduidelijk is of de wetgever hierbij alleen heeft gedacht aan onderopstal - d w z bezwaring door de opstaller met een onderopstalrecht krachtens art 5:104 lid 2 j<sup>o</sup> 93 BW -, aan inhoudelijke afbakening van de gebruiksbevoegdheid krachtens het recht van opstal dat echter wel op het gehele perceel rust, of ook aan 'horizontale splitsing' in bouwlagen, waarbij het opstalrecht op alleen het werk is verleend door de moedergerechtigde die daarnaast ook het opstalrecht op het gebouw aan een ander verleende

- 227 In de notariële akte ten aanzien van een project dat vergelijkbaar is met de Haagse Poort, namelijk de overbouw aan de Grotiusplaats/Theresiastraat, is onder B 1 b sprake van een erfpacht "welke zich uitstrekt vanaf", gevolgd door de NAP-aanduidingen, en onder B 2 i van een vergelijkbaar recht van opstal, in artikel 8 van dezelfde akte is verder sprake van de toekomstige vestiging van een deel van een parkeergarage "onder de opstallen vanaf" een NAP niveau en daaronder, "die aan een derde in erfpacht zal worden uitgegeven" Ook de beschrijving van Rietbroek, a w , Bouwrecht 1996/9, laat twijfel bestaan doordat hij spreekt op p 706 van de vestiging van twee afzonderlijke zelfstandige erfpachten "waarbij bij de vestiging wordt bepaald dat elke erfpacht afzonderlijk de bevoegdheid geeft om een gedeelte van eens anders onroerende zaak te houden of te gebruiken, in casu of de parkeergarage met de onderliggende grond of de daarop te realiseren woontoren", op p 707 van "twee gerechtigden die, verticaal gezien, ieder slechts gerechtigd zijn tot een bepaald gedeelte van de eigendom" en op p 708 ten aanzien van de Laakhaven slechts van "het systeem van gestapelde beperkte rechten, te weten een recht van opstal voor de in het water c q in de grond bevindende parkeergarage en erfpacht voor de daarboven te realiseren bebouwingen", zie ook p 706 l k "Om geen discussie te hebben tussen de eigenaar van de parkeergarage en de opstaller over de vraag waar het recht van opstal exact aanvangt, verdient het aanbeveling die aanvangshoogte, middels het refereren aan het NAP-peil, in de akte van vestiging vast te leggen"

- 228 Een vergelijkbare tweesporigheid kan zich overigens ook goed op het horizontale vlak voordoen wanneer een recht van opstal wordt gevestigd om bijvoorbeeld een elektriciteitskast op een hoek van een perceel te hebben, kan sprake zijn van een opstalrecht op het gehele perceel dat de bevoegdheid geeft op de aangegeven hoek een opstal te hebben, maar ook van een opstalrecht dat slechts rust op het kadastrale deelperceeltje van die hoek Vgl voor de eerste variant A A van Velten (sr ), 2003, § 12 5, p 355 Zie over de risico's van kadastrale uitmeting van het gedeelte

de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de horizontale splitsing moet naar mijn mening echter ook de ruimtelijke afbakening van de uit het beperkte recht voortvloeiende bevoegdheden worden meegenomen, omdat het onderscheid tussen beide vormen in veel gevallen moeilijk te maken is. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat een goederenrechtelijk recht op een goed en de daaruit voortvloeiende bevoegdheid ten aanzien van dat goed in beginsel steeds als een eenheid in het rechtsverkeer verschijnen.

De horizontale splitsing in afzonderlijke lagen roept een aantal vragen op. De eerste en belangrijkste vraag is in welke gevallen horizontale splitsing mogelijk is, of zou moeten zijn. Het wettelijk systeem is helder: de bezwaring van een goed met een beperkt recht is krachtens art. 3:98 j<sup>o</sup> 81 lid 1 BW alleen mogelijk is voor zover overdracht van dat goed mogelijk is. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om in art. 3:81 lid 1 BW het uitgangspunt te verankeren dat beperkte rechten alleen gevestigd kunnen worden op juridisch zelfstandige en overdraagbare rechten. Een onzelfstandig zaaksdeel leent zich niet voor overdracht of voor bezwaring met een beperkte recht; dit is een consequentie van het eenheids- of totaliteitsbeginsel. Ten aanzien van een verdieping van een huis of zelfs een kamer is steeds aangenomen dat van een zelfstandige zaak in juridische zin geen sprake is.<sup>229</sup>

---

waarop de opstal rust nader A.A. van Velten jr., Opstal en onderopstal, WPNR 6616 (2005), p. 283-286, met reactie L.W. Kelterman en nawoord in WPNR 6646 (2005), p. 973-975.

- 229 Zie bijv. Hof Arnhem 18 april 1983, NJ 1984, 175, ten aanzien van een als recht van gebruik en bewoning ingeklede verhuur van een kamer, m.n. Pres. Rb. r.o. 5: "Naar het thans geldende recht kunnen zakelijke rechten slechts worden gevestigd op een zaak in haar geheel, doch niet op onzelfstandige delen daarvan. Blijkens de invoering van de wettelijke regeling der appartementsrechten kunnen flatwoningen en andere verdiepingen van onroerende goederen en dus eens te meer afzonderlijke kamers op een der verdiepingen van een gebouw niet worden aangemerkt als zelfstandige zaken in de zin van art. 555 BW. De onderhavige kamer moet zakenrechtelijk beschouwd worden als een onzelfstandig deel van het huis. Vestiging van een zakelijk recht op die afzonderlijke kamer is derhalve niet mogelijk." Op veel plaatsen wordt gesteld dat anders is aangenomen in een oud arrest, HR 13 februari 1891, W. 5993, waarin de verkrijging van eigendom van een verdieping op grond van verjaring werd aanvaard. De HR onderschreef hierin de gangbare verklaring voor het feit dat art. 664 Code civil, dat de afzonderlijke eigendom van een verdieping erkende - maar in 1938 bij de invoering van het appartementsrecht in Frankrijk is afgeschaft -, niet in het oude BW was overgenomen, namelijk de omstandigheid dat verdiepingseigendom destijds niet in ons land voorkwam. Van belang is dat dit arrest een geval betrof waarin een gedeelte van een huis uitstak in een naburig pand. Het arrest is dus alleen voor de erkenning van horizontale natrekking relevant. Zie H.D. Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom, diss. Leiden, 1997, nr.

De zelfstandigheid in juridische zin van een horizontaal gedeelte van een onroerende zaak is dus bepalend. Het is denkbaar dit criterium enigszins op te rekken.<sup>230</sup> In het voorbeeld van de Haagse Poort vormt het horizontaal afgesplitste gedeelte steeds in technisch opzicht een eenheid, de opstal deelt met de daaronder gebouwde, in erfpacht uitgegeven parkeergarage niets of slechts de fundamenteën. Het criterium kan ook gezocht worden in de sfeer van de functie en het beoogde gebruik dat van het afgesplitste gedeelte wordt gemaakt, bepalend zou dan zijn in hoeverre het horizontaal afgesplitste gedeelte in het economisch verkeer in exploitatief opzicht als een zelfstandige eenheid wordt beschouwd. Voor zowel het constructieve aspect als het functionele aspect van dit eventuele criterium kan een rol spelen of de afgesplitste bouwlaag een eigen zelfstandige toegang heeft.

Dit criterium is gebaseerd op de beschouwingen van Ploeger inzake horizontale splitsing door middel van een recht van opstal.<sup>231</sup> Het standpunt van Ploeger is te zien in het licht van de centrale stelling van zijn proefschrift, dat de eenheid van een opstal prevaleert boven de superficies-regel van art. 5:20 BW. Het is juist de economische eenheid van de opstal die doorbreking van de superficies-regel door middel van het

---

155, noot 77, met vermelding naar een onjuiste weergave van dit arrest in Asser-Mijnssen 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 64.

230 Zie reeds J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5<sup>e</sup> stuk, *Zakenrecht*, 1940, nr. 42. Eigendom is slechts bestaanbaar aan zaken, die in het verkeer als zelfstandige lichamelijke zaken worden aangemerkt. Waarin een zaak in maatschappelijke zin niet gegeven is, ontbreekt een object, waarop eigendom zou kunnen rusten. Dientengevolge is horizontale splitsing van onroerend goed slechts in zeer beperkten omvang mogelijk. De hier te lande gangbare verkeersopvatting ontzegt aan horizontale lagen van den grondeigendom in het algemeen zaakskwaliteit. Bepaaldelijk wordt de verdieping van een huis niet als een zelfstandige zaak beschouwd. Zolang het maatschappelijk inzicht zich ten deze niet wijzigt, ontbreekt derhalve de onmisbare basis voor de algemeene erkenning van den *Geschoszeigentum*. Vgl. L. C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1933 p. 114, 1944 p. 151-153, die op grond van de maatschappelijke ontwikkeling van de verkeersopvattingen al wel wilde aannemen dat een verdieping een zelfstandige zaak is. Zie over het oude recht en de literatuur R. F. H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen*, diss. Maastricht, 1989, p. 15-25.

231 H. D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, diss. Leiden, 1997, nr. 227, slot. Horizontale splitsing door middel van vestiging van een recht van opstal is mogelijk indien de afgesplitste bouwlaag als een zelfstandige exploratieve eenheid kan worden beschouwd, met verwijzing naar Van Velten in Asser 3-II, 13<sup>e</sup> druk 1996, nr. 362, en door deze onderschreven in de 14<sup>e</sup> druk 2002, met verwijzing naar dezelfde in *Bouwrecht* 1997, p. 165 (noot bij Hof Den Bosch 7 mei 1996), en naar Duitse literatuur. Mij lijkt het - taalkundig wellicht minder verantwoorde - adjectief *exploitatief* een betere term dan *exploratief*, het geeft m.i. de strekking van het door Ploeger beoogde criterium beter weer, temeer daar Ploeger elders in dezelfde paragraaf reikt tot splitsing in exploitatiesferen.

opstalrecht rechtvaardigt.<sup>232</sup> De economische ratio van het eenheidsbeginsel nodigt uit om een bouwlaag te beschouwen als een afzonderlijke eenheid die als een opstal kan worden aangemerkt. Hij pleit er daarbij voor om een ruimtelijke afscheiding en een zelfstandige toegang te eisen, maar verlangt niet dat de af te splitsen bouwlaag uitsluitend van buiten uit toegankelijk is.<sup>233</sup>

Een recht van opstal in de aldus gegoten vorm is enigszins een tussenfiguur: het opstalrecht rust niet op een deel maar op het gehele object; enkel het recht op de eigendom van een opstal op dat perceel is beperkt tot een in exploitatief opzicht in het economisch verkeer zelfstandige eenheid. Deze constructie is mogelijk op basis van de dualistische aard van het recht van opstal: het verschaft enerzijds een beperkt gebruiksrecht dat rust op de gehele onroerende zaak, en anderzijds de bevoegdheid om een meestal nader gespecificeerde opstal in eigendom te hebben.<sup>234</sup>

Bij de andere beperkt zakelijke rechten zoals erfpacht en vruchtgebruik is van een dergelijke dualistische structuur geen sprake. Daarom moet waarschijnlijk uitgegaan worden van het uitgangspunt van het wettelijk systeem in art. 3:81 lid 1 BW. Op deze grond kan worden aangenomen dat de bevoegdheden van een erfpachter niet krachtens art. 5:89 BW beperkt kunnen zijn tot een onzelfstandig gedeelte van het in erfpacht uitgegeven goed.<sup>235</sup>

232 Ploeger, diss., nrs 115 en 140, waar hij zijn voorstellen uitdrukkelijk beperkt tot het opstalrecht vanwege zijn bijzondere aard. In *De juritectuur van de derde dimensie - Over meervoudig ruimtegebruik, rechten op lucht en een ruimtelijk kadaster*, in *Vast en goed* (Van Veltenbundel), 2003, p. 179-192, verruimt hij de reikwijdte tot het recht van erfpacht. Zie verder J. A. van den Bos, *Niet gesplitst, maar toch gescheiden - de zelfstandigheid van grond en opstal*, *Bouwrecht* 2004/7, p. 584-591.

233 Ploeger, diss., nrs 227 en 223, op basis van analogische toepassing van de voorwaarden waaronder een onroerende zaak verticaal gesplitst kan worden, zoals ontwikkeld op basis van het arrest van 29 mei 1985 (belastingkamer), NJ 1986, 274 (Tandartsenpraktijk). Vgl. ook Van Velten in Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 362, waarin wordt beschreven dat voor een parkeergarage die gedeeltelijk onder ander gebouw steekt, een op- of onderstalrecht kan worden gevestigd. Bij dergelijke 'in elkaar geschoven' gebouwen gaat het in sommige gevallen overigens om horizontale natrekking, waarbij het opstalrecht niet relevant is. J. de Jong, *Mon. Nieuw BW B-28*, 2<sup>e</sup> druk 1995, § 44, vermeldt dat ook parkeergarage onder Malieveld is op basis van een onderstalrecht is gebouwd, deze is niet met andere gebouwen of werken verbonden en vormt dus een zelfstandig werk.

234 Zie Ploeger, diss., nrs 181-183.

235 Opzoomer III, 1871, p. 481, noot 4, stelt met een beroep op Donellus dat een gebouw als zodanig niet in erfpacht kan worden uitgegeven, hieraan ten grondslag ligt kennelijk de superficies-regel: "Men geve het begrip niet prijs, dat wel een bebouwde grond een zelfstandig bestaan heeft, maar nooit een gebouw." De erfpacht van een deel van een gebouw zou waarschijnlijk a fortiori worden verworpen.



### 6.9.2.3 Footprint-constructie

De tussenvorm van beide varianten van ruimtelijke afbakening staat bekend als de *footprint*-constructie, die naar Amerikaans voorbeeld in Nederland is ontwikkeld door A.A. van Velten.<sup>236</sup> Van deze constructie is gebruik gemaakt bij een project langs de Zuid-as in Amsterdam, het zogenaamde Mahler 4 gebouw, waarin thans het kantoor van Van Velten is gevestigd. Het gaat daarbij om hoogbouw rond een stevige kern, waarvan de liftkokers deel uitmaken. De perceeltjes waarop de fundamenteën van deze bouwkern rusten, worden afzonderlijk overgedragen of uitgegeven in erfpacht. Bovengronds hangt het hele gebouw inclusief alle verdiepingen in bouwkundig opzicht aan de bouwkern. De idee is dat de bouwkern als hoofdzaak de rest van het gebouw horizontaal natrekt, als ware het een forse kerstboom, met advocaten en notarissen in plaats van engelen op de takken. Voor het gebouw wordt geen afzonderlijk beperkt recht gevestigd naast het goederenrechtelijke recht met betrekking tot de fundamenteën, ook niet indien ondergronds rond de fundamenteën een parkeergarage is aangelegd.<sup>237</sup> Voor de omringende grond waarin de parkeergarage zich bevindt, wordt een afzonderlijk recht van erfpacht gevestigd, dat in hoogte is beperkt tot de ondergrondse bouwlaag.<sup>238</sup>

Deze juridische constructie leunt sterk op het leerstuk van de horizontale natrekking door de bouwkern, terwijl in de literatuur en in de jurisprudentie pleegt te worden aangestuurd op een terughoudende toepassing van dit leerstuk, aangezien horizontale natrekking in de wet in het slot van art. 5:20 sub e BW is geformuleerd als een uitzondering op de

236 A A van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, §§ 2 12 en 12 4

237 De fundamenteën en de daaromheen liggende parkeergarage zijn tegelijkertijd in de vorm van afzonderlijke rechten van erfpacht uitgegeven. In de erfpachtsvoorwaarden worden verplichtingen tot het dulden van de bovenbouw opgenomen, opdat wordt voorkomen dat amotie van de overhangende delen kan worden gevorderd.

238 Onduidelijk is of de gestapelde rechten als zodanig horizontaal in de hoogte zijn beperkt, bijvoorbeeld door middel van een verwijzing naar NAP, dan wel de genotsbevoegdheid is beperkt tot het ondergrondse gedeelte van het perceel met de parkeergarage. Gezien de beschrijving bij Van Velten op p. 351 ("uitgifte per (gestapeld) bouwblok, zoals een recht van erfpacht waarbij het genot is beperkt tot het gebruik voor de onder het maaiveld gelegen grond") en p. 53 onderaan, lijkt het te gaan om de tweede constructie. Daarbij spreekt hij van 'horizontaal verdeelde erfpacht' ter onderscheiding van de footprint-constructie. Naar mijn indruk omvat de footprint-constructie, voor zover het niet de percelen met de fundamenteën betreft maar de omringende percelen, altijd ook een vorm van in de hoogte afgebakend beperkt genotsrecht.

verticale natrekking.<sup>239</sup> Ten aanzien van de footprint-constructie kan worden betwijfeld of het gebouw, hoewel het hangt aan de kern, wel op exclusieve wijze bestanddeel uitmaakt van die kern, aangezien dat gebouw wellicht niet bouwkundig maar wel visueel over de volle breedte lijkt te zijn gebouwd op grond of op een bouwlaag die ten behoeve van de parkeergarage aan een ander in erfpacht is uitgegeven. Naar mijn mening zijn bouwkundige aspecten slechts gedeeltelijk bepalend voor de invulling van de verkeersopvatting ten aanzien van het begrip bestanddeel in art. 3:4 lid 1 BW, dat blijkens art. 5:20 sub e BW bepalend is voor horizontale natrekking.<sup>240</sup> Hier komt bij dat de footprint-lease een vorm van opstapeling van rechten creëert, in letterlijke zin, die in het vermogensrecht nog onbekend is en ook moeilijk verenigbaar met de *heaven to hell rule* in art. 5:21 BW.<sup>241</sup> Belangrijker is dat de constructie op enigszins gespannen voet staat met het publiciteitsbeginsel, niet alleen gezien het visuele aspect maar ook gezien de kadastrale complexiteit. De rechtsgeldigheid van horizontale splitsing en de footprint-constructie wordt verder beschouwd in § 8.2.1.2.

239 HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 96 (Makkee/De Werdt), waarover A A van Velten, WPNR 6324 (1998), p 526 "Geen horizontale natrekking wordt aangenomen als de uitbouw geen exclusief bestanddeel van het aangrenzende gebouw uitmaakt", met verwijzing naar HR 11 april 1913, NJ 1913, 683, W 9499 m.nt. EMM (kelder-arrest), en Pres Rb Arnhem 26 mei 1998, KG 1998, 191. In dit licht moet ook een voorbeeld van horizontale natrekking in MvA II, PG 5, p 123, worden begrepen, namelijk het geval waarin de eigenaar van het ene pand als enige toegang heeft tot een kelder die is gelegen onder een deel van het naburige pand. Als die kelder in het buurpand niet deel uitmaakt van het andere pand maar slechts via een plaatsje toegankelijk is, wordt geen horizontale natrekking aangenomen, maar eventueel slechts een erfdienstbaarheid, vgl. HR 25 maart 1983, NJ 1984, 144 m.nt. WMK (de kelder bij Jos Brink).

240 Er kan accent worden gelegd op de bouwkundige omstandigheid dat de 'onderstal' geheel kan worden verwijderd, zonder dat de bovenbouw instort. Vgl. J Th Smalbraak, WPNR 5292 (1975), p 59 r.k., die meent dat deze vraag in veel twijfelgevallen slechts kan worden beslist door de proef op de som te nemen. Nu lijkt mij een bouwkundig rapport ook voldoende, maar afgezien daarvan is het niet alleen de bouwkunde die voor de vermogensrechtelijke gevolgen bepalend is.

241 Het wetsvoorstel dat de vermogensrechtelijke verhoudingen ten aanzien van ondergrondse leiding- en kabelnetwerken beoogt te regelen, creëert een afzonderlijke regel in art. 5:20 BW. Op grond van deze 'doorknipbepaling' wordt natrekking voorkomen en blijft de eigendom van een dergelijk netwerk bij de aanlegger. Een dergelijke regeling leidt dus tot horizontaal gestapelde eigendommen. Zie hierover nog § 9.5.3.2.

### 6.9.3 Beperkingen in de tijd

Een derde mogelijke variant die partijen bij de vestiging van beperkte rechten gebruiken, zijn beperkingen in de tijd. Het zal daarbij vrijwel steeds gaan om gebruiksrechten die met anderen worden gedeeld. Een voorbeeld zou kunnen zijn een recht van vruchtgebruik of een kwalitatieve verplichting, ertoe strekkende dat de rechthebbende elk jaar op de vrijdag van de intocht van de Vierdaagse in Nijmegen gebruik mag maken van een balkon van een huis aan de St. Annastraat, ter plaatse op dat moment gewoonlijk Via Gladiola genoemd.<sup>242</sup> Alledaagser is een ander voorbeeld met een recht van vruchtgebruik van een fiets, een kraan, een vrachtwagen of een landbouwmachine: de eigenaar geeft aan zeven verschillende personen het zakelijke recht om zijn zaak te gebruiken, ieder een andere vaste dag van de week.

De twee vormen van beperkingen die hierboven besproken zijn, de beperkingen van de uit een beperkt recht voortvloeiende bevoegdheden en de beperkingen ten aanzien van het object van het recht, geven te denken over de constructie van dit vruchtgebruik van de fiets: gaat het om zeven zelfstandige rechten van vruchtgebruik die ieder slechts bestaan op een bepaalde dag van de week, of zijn het zeven permanente rechten van vruchtgebruik waarbij de bevoegdheid tot gebruik is beperkt tot een dag per week? De eerste constructie zou merkwaardig zijn: de rechthebbende heeft één dag per week het volledige en exclusieve zakelijke recht, maar de rest van de week niets. In wezen zou het gaan om een beperking die het object betreft; de zaak is gesplitst in zeven temporele delen. Een dergelijke temporele beperking van het object zelf is uiteraard ondenkbaar: zaken zijn naar hun aard tijdsloos.<sup>243</sup> Indien een beperking in de tijd rechte mogelijk is, moet het dus wel gaan om het goederenrechtelijke recht op die zaak. Maar ook dan rijst de vraag of een temporele beperking het beperkte recht zelf of de daaruit voortvloeiende bevoegdheden betreft. Ook deze vorm van beperking veronderstelt een grote vrijheid van partijen bij de invulling van de inhoud van een goederenrechtelijk recht.

In algemene zin is de temporele differentiatie van de bevoegdheden van een beperkt gerechtigden te vatten onder de noemer 'time-sharing'.

242 Het voorbeeld is geïnspireerd door de zogenaamde *coronation cases* uit het Engelse contractenrecht. De gedaagde was in 1901 overeengekomen dat hij tijdens de kroningsprocessie van koning Edward VII gebruik mocht maken van een balkon met uitzicht op Pall Mall. Toen de kroning wegens ziekte werd uitgesteld, beriep de gedaagde zich op onvoorziene omstandigheden (*frustration*). Zie o.a. *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740.

243 Onder voorbehoud van het mij nog niet ontsloten gedachtegoed van Einstein en Stephen Hawking.

Daarmee wordt echter meestal bedoeld op tijdsgebonden eigendom van vakantiehuisjes. Voor timesharing of 'periode-eigendom' worden verschillende constructies gebruikt.<sup>244</sup> Volgens Van Velten wordt onder periode-eigendom verstaan elke rechtsvorm waarbij aan een koper direct of indirect de (mede-)eigendom van één of meer begeleide (meestal recreatie) project(en) wordt overgedragen, onder de beperking van de uitoefening van diens recht tot een bepaald, elk jaar terugkerend tijdvak.<sup>245</sup> Mede-eigendom is een vorm van gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW. Het grote bezwaar van gemeenschapsconstructies is dat iedere gerechtigde tot een aandeel krachtens art. 3:178 lid 1 BW te allen tijde verdeling van het gemeenschappelijke goed kan vorderen.<sup>246</sup>

Arduin heeft een oplossing voor dit probleem gezocht in de regeling van de appartementsrechten.<sup>247</sup> De splitsing in appartementsrechten leidt tot een gemeenschap in een bijzondere gebonden vorm waarvan geen verdeling kan worden gevorderd. Aangezien splitsing in appartementsrechten in de wettelijke regeling in vorm van splitsing in ruimtelijke zin is, moet een vertaalslag worden gemaakt om te komen tot een temporele differentiatie. Daartoe is een wetswijziging onontbeerlijk: zij stelt voor om ofwel de definitie in art. 5:106 lid 3 in temporele zin uit te breiden, ofwel een titel 5.9A in te voegen die de regeling van het appartementsrecht grotendeels van toepassing verklaart op timesharing, ofwel de mogelijkheid van ondersplitsing in temporele zin toe te voegen.

Kleijn heeft gesuggereerd voor timesharing te kiezen voor een andere variant van de gemeenschapsconstructie op basis van het beperkt zakelijk recht van erfpacht.<sup>248</sup> In zijn constructie is één erfpachtsrecht gevestigd ten gunste van een groot aantal personen gemeenschappelijk, met regulering van de onderlinge gebruiksrechten in de vestigingsakte. Het eigendomsrecht van het gemeenschappelijk in erfpacht verkregen goed berust bij een stichting of een coöperatie. In de erfpachtsvoorwaarden kunnen

244 Zie m.n. A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, diss. VU, 1982, p. 177 e.v.; nog uitvoeriger in WPNR 5396 en 5397 (1977), BR 1980, p. 582, preadvies KNB 1995, § 1.8.8, en in *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2006, h. 11; R.J.A. Arduin, *Timesharing*, diss. VU, 1993, waarover R.F.H. Mertens, NTBR 1995/1; R.F.H. Mertens, in: *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, preadvies KNB 1997, § 3.

245 Van Velten, diss., p. 179.

246 Van Velten, diss., heeft gepleit voor aanvulling met een bijzondere uitzonderingsbepaling voor periode-eigendom. Dit voorstel is door de wetgever uitdrukkelijk verworpen, zie MvA II Inv. bij art. 3:178 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1291.

247 Arduin, a.w., § 5.3.3., p. 107 e.v., en p. 195-199.

248 W.M. Kleijn, *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1979, p. 43 e.v.

bepalingen worden opgenomen ten aanzien van het beheer en het onderhoud van de gemeenschappelijke goederen. De canonverplichting brengt de voor het beheer en het onderhoud benodigde gelden op. M.i. bestaat ook bij deze constructie het gevaar dat op grond van art. 3:178 lid 1 BW verdeling van het gemeenschappelijke erfpachtsrecht wordt gevorderd.

Pleysier heeft vervolgens eveneens voorgesteld gebruik te maken van de erfpachtsconstructie, maar op een wijze waarop van een vorm van gemeenschap op de keper beschouwd geen sprake is. De time-share wordt ingericht als een stapeling van parallelle erfpachtsrechten, bijvoorbeeld 52 stuks, op basis waarvan iedere rechthebbende voor 1 vaste week per jaar een gebruiksrecht heeft.<sup>249</sup> Geconstateerd is dat een temporele beperking van het object onmogelijk is. De constructie van Pleysier komt dus neer op het continue bestaan van 52 beperkte rechten tegelijkertijd, met een in de tijd gedifferentieerde beperking van de daaruit voortvloeiende gebruiksbevoegdheden. In het nieuwe wetboek zou art. 5:89 lid 1 BW, dat het mogelijk maakt om bij de vestiging van een recht van erfpacht af te wijken van het uitgangspunt dat de erfpachter hetzelfde genot van de zaak heeft als de eigenaar, ruimte bieden voor een temporele beperking van de gebruiksbevoegdheden van iedere erfpachter.<sup>250</sup>

Het is van belang tenslotte te benadrukken dat met beperkingen in de tijd hier alleen timeshare-constructies bedoeld zijn. De tijdsdimensie kent twee aspecten: enerzijds de temporeel gedifferentieerde invulling van een beperkt goederenrechtelijk recht, anderzijds de duur van het recht. De hier besproken temporele differentiatie betreft een goederenrechtelijk recht in statische zin; de beperking van de duur van een recht kan worden aangemerkt als een beperking van een goederenrechtelijk recht in dynamische zin, aangezien het de overgang van een recht op een ander betreft.<sup>251</sup> In de time-share constructies is sprake van een temporele differentiatie van de gebruiksbevoegdheid, maar niet van een beperking van de duur van het recht zelf.

---

249 A.J.H. Pleysier, *Time-sharing*, De Notarisklerk 1262 (1989), p. 173-175, en 1263 (1990), p. 2-4

250 Van Velten, *preadvies* KNB 1995, § 1.8.8, onderschrijft dat de erfpachtsconstructie van Pleysier een geschikte vorm voor timesharing oplevert, maar hij bekritiseert de ondoorzichtigheid van de constructie, in het bijzonder voor buitenlanders, en is ook overigens niet gelukkig met het gebruik van een beperkt recht zoals erfpacht. "De constructie zoals door Kleijn c.s. voorgesteld doet erg gekunsteld aan. erfpacht wordt alleen gebruikt omdat er niets anders voorhanden is, maar eigenlijk bedoelt men periodiek weerkerende volle eigendom te scheppen." Zie ook Arduin, a.w., 1993, § 5.3.4.

251 De beperkingen in de tijd in dynamische zin en art. 3:85 BW, dat de overdracht van goederenrechtelijke rechten onder een tijdsbepaling betreft, komen aan de orde in § 7.6.3

Beperkingen van de eerste en de derde soort - de inhoudelijke respectievelijk de temporele afbakening van de uit een beperkt recht voortvloeiende bevoegdheden - vloeien voort uit een keuze van bevoegdheden uit de mogelijkheden die het kader van de wet aan partijen biedt. Een dergelijk door partijen inhoudelijk nader gespecificeerd beperkt recht zou een 'selectief beperkt recht' genoemd kunnen worden.<sup>252</sup> Wordt er bovendien een etiket op geplakt dat de specifieke inhoud van het recht weergeeft, dan is een schijnbaar nieuw, benoemd beperkt recht ontstaan. De toelaatbaarheid hiervan is afhankelijk van de mate waarin grenzen van het goederenrechtelijk systeem worden overschreden, of, anders gezegd, van de mate waarin de gecreeerde rechten nog te rijmen zijn met de uitgangspunten en de beginselen van het goederenrechtelijk systeem.

In algemene zin is aan te geven wanneer partijen door selectie en specificatie van de wettelijke bevoegdheden bij de vestiging van een beperkt recht de grenzen van het systeem te buiten gaan. doorslaggevend is de mate waarin de in de wet genoemde essentiële bevoegdheden van het gecreeerde type recht nog aanwezig zijn.<sup>253</sup> Voor ieder type beperkt recht moeten vervolgens de essentialia worden vastgesteld. Het door partijen nader afgebakende, beperkte goederenrechtelijke recht dient nog te beantwoorden aan de wettelijke begripsomschrijving van dat type. Wordt zozeer van de wettelijke begripsomschrijving afgeweken dat 'het wezen' van dat recht ontbreekt, dan is van dat goederenrechtelijke recht geen sprake.<sup>254</sup>

252 H D Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, diss., 1997, nr. 170, maakt het onderscheid tussen een volledig opstalrecht dat alle gebouwen en werken op een bepaald stuk grond omvat, en een selectief opstalrecht dat slechts een of meer bepaalde gebouwen en werken omvat. Hij is daartoe geïnspireerd door het Franse en het Belgische recht, waarin sprake is van een droit de superficie integrale of complet versus partiële of incomplet.

253 Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 31. Zie MvA II bij titel 5.8 (opstal) (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 357-8. Evenals bij de erfpacht heeft de ondergetekende er naar gestreefd de bepalingen van dwingend rechtelijke aard zoveel mogelijk te beperken. Afgezien van de bepalingen van erfpacht, waarnaar verwezen wordt, bevat thans alleen artikel 5:105 lid 1 een regeling van dwingend recht, maar deze kan niet gemist worden, omdat zij samenhangt met een essentieel kenmerk van het recht van opstal, nl. dat de opstaller eigenaar is van de gebouwen, werken en beplantingen.

254 Zie nader § 6.5.3.

# DE NUMERUS CLAUSUS EN ANDERE VORMEN VAN SPLITSING

### 7.1 Inleiding

Het dogma van de numerus clausus is zeer nauw verwant aan de onsplitsbaarheid van vermogensrechten. In het vorige hoofdstuk is aandacht besteed aan de vestiging van beperkte rechten als vorm van afsplitsing van bevoegdheden. Elk beperkt recht bestaat uit een in de wet geregeld pakket bevoegdheden, ten dele van rechtswege en ten dele aangevuld door de partijen ten tijde van de vestiging ervan binnen de marges die wettelijk systeem biedt voor de partijautonomie. Deze bevoegdheden zijn afgeleid uit het meeromvattende recht, meestal een volledig recht ten aanzien van een rechtsobject, dat met betrekking tot zaken het eigendomsrecht wordt genoemd.

Niet alleen de verzelfstandiging van bevoegdheden uit het eigendomsrecht in de vorm van één van de in de wet geregelde typen beperkt rechten wordt gekanaliseerd door de numerus clausus, maar ook andere vormen van verzelfstandiging van bevoegdheden die deel uitmaken van een goederenrechtelijk recht. De numerus clausus brengt mee dat de toekenning van bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander op een wijze die tegenwerpelijk is aan derden, alleen mogelijk is voor zover de wet hiervoor ruimte biedt.

De afsplitsing van bevoegdheden manifesteert zich in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief meestal in de splitsing van het eigendomsrecht in twee eigendomsrechten naast elkaar. Van een splitsing van het eigendomsrecht *in inhoudelijke zin* is sprake wanneer een deel van de eigenaarsbevoegdheden door de een wordt uitgeoefend en een ander deel van de eigenaarsbevoegdheden door een ander, soms ten nutte van zichzelf, soms ten nutte van de ander. Daarbij gaat het niet om de toekenning van een verbintenisrechtelijk recht om de eigenaarsbevoegdheid van een ander uit te oefenen bijvoorbeeld als bruiklener, maar om vormen van splitsing die tegenwerpelijk zijn aan derden. Het onderscheid tussen juridische en economische eigendom en het onderscheid tussen beheers-eigendom en beneficiaire eigendom zijn voorbeelden van fenomenen die meestal als een inhoudelijke splitsing van een eigendomsrecht worden aangemerkt. Er kan sprake zijn van een splitsing *in de tijd*, wanneer een

eigendomsrecht voorwaardelijk aan een ander wordt overgedragen. Bijvoorbeeld het eigendomsvoorbehoud resulteert in een situatie waarin de vervreemder nog eigenaar blijft, maar de verkrijger onherroepelijk het eigendomsrecht verkrijgt zodra de opschortende voorwaarde in vervulling gaat.

De mogelijkheid tot afsplitsing van bevoegdheden staat verder centraal in het debat over de vraag of het mogelijk is om de beschikkingsbevoegdheid of de revindicatiebevoegdheid of de inningsbevoegdheid met betrekking tot een vorderingsrecht of het inkortingsrecht van een legitimaris af te splitsen en zelfstandig over te dragen aan een ander. Steeds gaat het om de vraag of en in hoeverre een subjectief recht kan worden gesplitst in verschillende deelpakketten bevoegdheden. Hierbij is geen sprake van twee eigendomsrechten naast elkaar, maar van nieuwe verzelfstandigde rechten en bevoegdheden met betrekking tot een goed van een ander naast één van de typen volledige en beperkte goederenrechtelijke rechten.

In het vorige hoofdstuk was de focus gericht op de wettelijke kaders voor de vestiging en de afbakening van de inhoud van de in de wet geregelde beperkte rechten. In dit hoofdstuk wordt geanalyseerd wat de *numerus clausus* betekent voor de mogelijkheden tot splitsing en tot afsplitsing van bevoegdheden zonder dat daarvoor de vorm van een beperkt recht is gehanteerd. De hypothese is dat deze mogelijkheden in het systeem van het vermogensrecht evenzeer als de typen beperkte rechten een *numerus clausus* vormen.

In dit hoofdstuk komen de meest in het oog springende vormen van splitsing aan de orde: achtereenvolgens de fiduciaire overdracht tot zekerheid (*fiducia cum creditore*) in § 7.4, de splitsing van beheer en belang (*fiducia cum amico*) in § 7.5, het afgescheiden vermogen in § 7.6 en de splitsing in de tijd door middel van een overdracht onder voorwaarde of tijdsbepaling in § 7.7. Ten slotte wordt in § 7.8 de problematiek van splitsing geanalyseerd in het kader van de verzelfstandiging en de toekenning van losse bevoegdheden met betrekking tot een goed dat toebehoort aan een ander. Daarbij rijst steeds de vraag in hoeverre wetssystematisch inderdaad sprake is van een vorm van splitsing. Een ander steeds terugkerend thema is de vraag in hoeverre een dergelijke zelfstandige bevoegdheid met betrekking tot een goed kan worden aangemerkt als een zelfstandig vermogensrecht. Ter beantwoording van beide vragen wordt onderzocht wat de ratio is voor de wettelijke bepalingen met betrekking tot de te behandelen onderwerpen.

Zowel voor de bespreking van de gesplitste eigendom als voor de analyse van de afsplitsing van bevoegdheden zullen de beschouwingen van Meijers van groot belang blijken te zijn. In De algemene begrippen van het



burgerlijk recht, voltooid in 1947, formuleerde hij een algemene rechtsleer, die op het eerste gezicht een handleiding voor wetgevers is over de verschillende wijzen waarop een groot aantal privaatrechtelijke leerstukken in een wet zou kunnen worden geregeld. Bij tweede lezing tussen de regels door blijkt dit werk echter de verwoording van de ideeën van Meijers over een nieuw Nederlands BW te zijn. Deze ideeën zijn op een beperkt aantal uitzonderingen na vrijwel ongewijzigd neergelegd in het BW.<sup>1</sup> Daarom zijn de 'algemene begrippen' van Meijers niets minder dan het fundament voor de parlementaire toelichting bij het wetsontwerp.<sup>2</sup> Uitvoerige analyse en beschrijving van de ideeën van Meijers, die ik in § 7.9.3 uitdrukkelijk zal onderschrijven, zijn daarom niet alleen gerechtvaardigd maar ook bevorderlijk voor een goed begrip van het BW van 1992.

Uiteraard moet ervoor worden gewaakt de ideeën van Meijers zonder meer gelijk te stellen aan de wil van de wetgever. Daar waar duidelijk is dat de wetgever later is afgeweken van het systeem van Meijers, worden de wijzigingen vermeld. Het zal echter blijken dat ten aanzien van de meeste onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde komen, geen eenduidig afwijkend standpunt van de wetgever in een latere fase van het wetgevingsproces valt te onderkennen. Dit komt mede doordat de beschouwingen van Meijers vooral van belang zijn voor de analyse van de ratio van allerlei wettelijke regels en hun onderlinge verband. Dergelijke dogmatische beschouwingen zijn nauwelijks te vinden in de parlementaire stukken, die naar hun aard meer gericht zijn op verklaring van de tekst van een wettelijke bepaling dan op uiteenzetting van het dogmatisch kader. De geschriften van Meijers behoeven daarom alleen ter zijde worden gelegd in de gevallen waarin de wetgever later heeft gekozen voor wijziging van een wettelijke bepaling en de gewijzigde bepaling niet langer verenigbaar is met de dogmatische verklaring bij Meijers voor het oorspronkelijke ontwerp.

Tot de belangrijkste passages uit het werk van Meijers behoort zijn analyse van het begrip 'subjectief recht'. Deze analyse kan in allerlei opzichten worden gelezen als een schets van de achtergrond van de numerus clausus. Daarom is ervoor gekozen ter inleiding van dit hoofdstuk over de numerus clausus en de splitsing van rechten in § 7.3 uitvoerig in te

---

1 C.J.H. Jansen, *De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het burgerlijk wetboek*, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 3-26, in § 6, p. 24.

2 Van groot belang is ook de al veel genoemde boekbespreking door Meijers in WPNR 2104 (1910). Terecht noemt Th.F. de Jong, diss., p. 39 resp. § 46, deze drie bladzijden uit 1910 de geboorteakte van het huidige BW en de blauwdruk van het nieuwe vermogensrecht. Ten onrechte is deze boekbespreking van Meijers niet opgenomen in zijn VPO.

gaan op de notie van het subjectieve recht zoals uiteengezet door Meijers. Dit echter niet dan na een korte uiteenzetting in § 7.2 over de fundamenteën voor onsplitsbaarheid: de wet en Suijling.

## 7.2 De fundamenteën voor onsplitsbaarheid

### 7.2.1 *Het wettelijk kader*

In het BW komt de term splitsing slechts in twee varianten voor, ten eerste in art. 2:334a BW en in verband daarmee art. 3:80 lid 2 BW over de splitsing van rechtspersonen, en ten tweede in titel 5.9 BW over appartementsrechten. De splitsing van rechtspersonen is in het kader van de splitsbaarheid niet relevant, aangezien het daarbij gaat om splitsing van het subject en niet van een individueel goederenrechtelijk recht. De splitsing in appartementsrechten betreft wel één goederenrechtelijk recht, namelijk volgens art. 5:106 BW het eigendomsrecht, het erfpachtsrecht of het opstalrecht op een onroerende zaak.<sup>3</sup> Bij deze vorm van splitsing krijgt iedere appartementsgerechtigde bijzondere bevoegdheden ten aanzien van een deel van een werk of gebouw. Tegelijkertijd is naar Nederlands recht iedere appartementsgerechtigde krachtens art. 5:106 lid 3 BW mede-eigenaar van het gehele gebouw. De splitsing betreft dus zowel de inhoud van het recht, aangezien het aan iedere deelgenoot een aandeel in mede-eigendom geeft met bijzondere bevoegdheden ten aanzien van zijn appartement, als het object waarop het recht rust, aangezien de bijzondere bevoegdheden slechts een deel van het gebouw betreffen.

In § 2.1 is een overzicht gegeven van de wettelijke bepalingen waarin het gesloten systeem van het goederenrecht is verankerd. Daarin is ook melding gemaakt van lid 3 van art. 3:84 BW, dat bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid en een rechtshandeling die de strekking mist om het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel voor overdracht vormen. Het verbod op fiduciaire vormen van eigendom houdt verband met het eigendomsbegrip dat aan het goederenrechtelijk systeem ten grondslag ligt. Dit eigendomsbegrip laat niet toe dat de bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht op andere wijzen worden gesplitst dan door de vestiging van beperkte rechten. Reehuis schetst de achtergrond van lid 3 van art. 3:84 BW:

---

3 De regeling van de splitsing in appartementsrechten gaat kennelijk uit van de splitsing van één recht, maar smokkelt een beetje, door in art. 5:106 lid 1 BW daarbij behorende maar zelfstandige zaken inbegrepen te achten.

"De bepaling komt tegemoet aan de eisen van rechtszekerheid en duidelijkheid die aan het goederenrecht zijn te stellen. Zij dulden geen vrije inrichting van de overdracht door partijen, die neerkomt op vestiging van beperkte rechten buiten de wet om of op een splitsing van de bevoegdheden van de rechthebbende op een goed over meerdere personen."<sup>4</sup>

Hiermee wordt in het kader van het fiduciaverbod het uitgangspunt geformuleerd dat splitsing van bevoegdheden over meerdere personen in beginsel niet mogelijk is. Splitsing is alleen mogelijk op een van de wijzen die in de wet zijn geregeld of in het systeem van het goederenrecht liggen besloten.

### *7.2.2 Suijling*

Het uitgangspunt van onsplitsbaarheid van vermogensrechten is het krachtigst verwoord door Suijling in zijn handboek over het zakenrecht uit 1940, waar hij een omschrijving geeft van het beginsel van 'juridieke onsplitsbaarheid':

"De eigenaar kan over zijn recht beschikken hetzij door het over te dragen, hetzij door het met een jus in re aliena te bezwaren. Dergelijke beschikkingen kunnen echter niet dan t.a.v. het recht in zijn geheel getroffen worden. Tenzij hun object wordt gesplitst, is splitsing van zakelijke rechten verboden. Het staat den eigenaar niet vrij een of meer der in zijn eigendomsrecht begrepen bevoegdheden afzonderlijk over te dragen of te belasten. Slechts de totaliteit van den eigendom kan, geheel of voor een evenredig deel, afgestaan of bezwaard worden. Door zijn eigendom met jura in re aliena te belasten kan de eigenaar evenwel een soortgelijke situatie in het leven roepen als waartoe de afzonderlijke afstand van een of meer der in den eigendom begrepen bevoegdheden voeren zou. (..) Het beginsel der onsplitsbaarheid is ook voor de zakelijke rechten op andermans goed geschreven. Voor zoover deze rechten voor overdracht en bezwaring vatbaar zijn, kunnen zij ook niet dan in hunne totaliteit afgestaan of belast worden."<sup>5</sup>

---

4 O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Mon. Nieuw BW B-6a, 3<sup>e</sup> druk 1997, §38, p. 38. In dezelfde zin o.a. Asser-Mijnssen-Van Dam 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 241, grote letter, ten aanzien van art. 3:84 lid 3 BW ("Haar strekking is te voorkomen dat eigendom of een ander recht wordt opgesplitst in andere beperkte rechten dan die welke de wet kent.") en nr. 474; hiertegen F.M.J. Verstijlen, recensie Asser 3-I, WPNR 6529 (2003), p. 351, die stelt dat art. 3:84 lid 3 BW een ruimere strekking heeft dan het voorkomen van een goederenrechtelijke opsplitsing.

5 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5<sup>e</sup> stuk, *Zakenrecht*, 1940, nr. 81, eerste alinea plus de eerste zin van de tweede, respectievelijk de laatste alinea, waarbij de term 'juridieke onsplitsbaarheid' is gebruikt in noot 3 ter afsluiting van de geciteerde tekst. Aldus ook nr. 86, p. 94: "Ons recht verwerpt echter iedere rechtstreeksche splitsing van den eigendom. Het vergunt enkel den eigendom met jura in re aliena te belasten. De eigendom is een naar inhoud zoowel als tijd ondeelbaar recht. Slechts indirect kunnen, in den vorm van jura in re aliena, onderscheiden in

Deze passage bevat verschillende aspecten die relevant zijn in het kader van splitsing. Ten eerste legt Suijling een verband met het eenheidsbeginsel, dat door hem overigens het 'totaliteitsbeginsel' wordt genoemd.<sup>6</sup> Ten tweede betreft Suijling de 'juridieke onsplitsbaarheid' niet alleen op het eigendomsrecht, maar ook op de beperkte rechten op andermans goed. Ten derde vermeldt Suijling uitdrukkelijk de vestiging van beperkte rechten (*jura in re aliena*) als de wijze waarop de eigenaar aan anderen bevoegdheden ten aanzien van zijn eigendom kan toekennen.

Hierbij valt natuurlijk direct op dat Suijling de vestiging van een beperkt recht niet ziet als een 'rechtstreekse' splitsing, maar als een indirecte wijze van splitsing van een eigendomsrecht. Dit verbaast niet, want Suijling was een aanhanger van de afspiegelingsleer, die in § 6.2 is beschreven.<sup>7</sup> Suijling gebruikte de notie splitsing alleen voor rechtsfiguren die neerkomen op dubbele of gesplitste eigendom.<sup>8</sup> Daarbij had hij kennelijk het oog op zowel de splitsing in de tijd als de inhoudelijke splitsing van de eigenaarsbevoegdheden in twee brokken bevoegdheden die beide als een eigendomsrecht zouden kunnen worden gekwalificeerd. Door uitdrukkelijk te stellen dat de vestiging van beperkte rechten geen vorm is van rechtstreekse splitsing, maakte Suijling implicite een onderscheid met indirecte splitsing; dit onderscheid wordt niet langer gemaakt. De vestiging van beperkte rechten wordt tegenwoordig aangemerkt als een rechtsgeldige wijze van splitsing van het eigendomsrecht en de andere goederenrechtelijke rechten.<sup>9</sup> De problematiek van splitsing betreft derhalve niet slechts de leerstukken waarbij sprake is van verschillende eigendomsrechten naast elkaar met betrekking tot dezelfde zaak, maar ook de vestiging van beperkte rechten en elke andere vorm van afsplitsing van bevoegdheden uit een meeromvattend recht.

De karakterisering van de vestiging van beperkte rechten als een vorm van splitsing sluit aan bij de dogmatische visie op de aard van een beperkt goederenrechtelijk recht, die door Meijers in 1947 in heldere termen is verwoord:

---

den eigendom begrepen bevoegdheden tijdelijk en ten deele aan anderen door den eigenaar worden afgestaan."

6 Suijling, a.w., nr. 79.

7 Suijling, a.w., nrs. 10 en 81, karakteriseerde de vestiging van een beperkt recht niet als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de in het moederrecht besloten bevoegdheden, maar als een afspiegeling van die bevoegdheden, waarbij deze bevoegdheden van de moedergerechtigde zijn verlamd.

8 Zo kennelijk ook D.W. Aertsen, De Trust, diss. Nijmegen, 2004, p. 62.

9 Zie de verwijzingen hiervoor genoemd in het kader van art. 3.84 lid 3 BW en verder in § 6.2.2.

"De bevoegdheden, die in een subjectief recht besloten liggen, kunnen in meer dan één subjectief recht aldus gesplitst zijn, dat met het oorspronkelijke recht bij één persoon laat verblijven en de andere personen meer beperkte van het hoofdrecht afgesplitste rechten toekent. (...) In dit (...) geval leveren de beperkte, naast het hoofdrecht staande rechten verschillende typen van vermogensrechten op;"<sup>10</sup>

Van belang is dat in dit citaat een verband wordt gelegd met de notie van een subjectief recht. Het citaat vormt de introductie van een analyse van het begrip 'subjectief recht' dat Meijers voor ogen stond.

## **7.3 Meijers en de notie van een subjectief recht**

### *7.3.1 Inleiding*

In een hoofdstuk uit zijn *Algemene begrippen* heeft Meijers de betekenis van het begrip subjectief recht voor de formulering van een algemene rechtsleer uiteengezet.<sup>11</sup> Voor een goed inzicht in de algemene rechtsleer van Meijers is het essentieel om in gedachten te houden wat daarmee is beoogd: naar mijn indruk heeft Meijers bedoeld om door middel van de algemene rechtsleer een kader te scheppen voor de wettelijke vormgeving van de regeling van privaatrechtelijke leerstukken. Daarbij stond Meijers waarschijnlijk vooral de hercodificatie van het Nederlandse privaatrecht voor ogen. De algemene rechtsleer geeft daarvoor de uitgangspunten. Bij de formulering van de algemene rechtsleer hanteert Meijers de door hem in zijn dissertatie uit 1903 gepropageerde methode van de vrije begripsvorming.<sup>12</sup> Daarin worden de rechtstermen en -begrippen als een gegeven materie beschouwd; de wetenschap heeft tot taak deze zo doelmatig mogelijk te ordenen en te classificeren. Men wordt dan alleen geleid "door wat een goede systematisering der gegeven rechtsstof verlangt, niet door wat een interpretatie ons als rechtsbegrip opdringt".<sup>13</sup>

---

10 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 280. Verwijzingen naar Meijers in het vervolg van deze paragraaf betreffen steeds dit werk uit 1947.

11 A.w., hoofdstuk II, Het subjectieve recht, p. 70-98.

12 E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam, 3 april 1903. Zie nader J.H.A. Lokin, *De plaats van Meijers in de legistische traditie*, in: *Rechtsvinding onder het NBW - Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, 1992, p. 5-39.

13 *Algemene begrippen*, p. 23. Vgl. p. 77: "Hoe echter de grenzen van dit begrip, subjectief recht, getrokken moeten worden en welke eigenschappen zijn kenmerken vormen, blijft nog te onderzoeken over. Dit onderzoek zal weer verschillend zijn, al naarmate men interpretatief voor een gegeven rechtsstelsel wil vaststellen wat een positieve wettekst onder subjectief recht verstaat of naarmate men nagaat hoe men met behulp van een begrip, subjectief recht, de beste ordening der rechtsmate-

Het begrip subjectief recht is een gecompliceerd begrip dat waarschijnlijk pas echt is gemunt door de pandektistiek in de 19<sup>e</sup> eeuw, mede op basis van het Savigniaanse gedachtegoed uit de Historische school.<sup>14</sup> Het subjectieve recht is aan het gehele privaatrecht ten grondslag gelegd.<sup>15</sup> Dientengevolge is het begrip subjectief recht in veel opzichten bron voor discussie geweest.<sup>16</sup>

De grootste categorie subjectieve rechten zijn de vermogensrechten, waartoe zowel de goederenrechtelijke rechten zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht en het recht van vruchtgebruik behoren als de relatieve of persoonlijke rechten.<sup>17</sup> De voornaamste categorie subjectieve rechten naast de vermogensrechten bestaat uit de persoonlijkheidsrechten, waaronder de grondrechten vallen en het recht op de geslachtsnaam ex art. 1:4 BW.<sup>18</sup> Een definitie van het algemene begrip subjectief recht blijkt moeilijk te geven; doordat alleen ten aanzien van het subjectieve vermogensrecht in

---

rie in een algemene rechtsleer tot stand brengt. De niet altijd scherp omlijnde opvatting der gegeven rechtsstelsels kan ons hierbij hoogstens als aanknopingspunt dienen."

- 14 De notie van een 'subjectief recht' was in het Romeins recht waarschijnlijk onbekend. P.L. Nève, *Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten*, in: *Op recht (Struyckenbundel)*, 1996, op p. 225-226, vermeldt Hugo de Groot (1583-1645) als degene die de notie van een subjectief recht tot ontwikkeling heeft gebracht.
- 15 Vgl. P. van Schilfgaarde, *De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap volgens het ontwerp BW*, WPNR 5251 (1974), op p. 118 r.k.; Asser-Van der Grinten 2-II, *De rechtspersoon*, 1986, nr. 6.
- 16 In de literatuur is gedebatteerd over o.a. de aard van een subjectief recht - belang, bevoegdheid, gebod, of wil - en over de verhouding van het subjectieve recht tot het objectieve recht. Vanuit de subjectzijde van het subjectieve recht speelt het begrip ook een rol in de analyses van de aard van rechtspersoonlijkheid. Zie m.n. P. Scholten, WPNR 2802-2805 (1923), *Verzamelde geschriften III*, p. 361-380; E.J.J. van der Heijden, *De samengestelde rechtsbetrekking*, WPNR 3065 (1928), ook in: *Verspreide geschriften*, 2001, p. 93-98; Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, diss. Leiden, 1939.
- 17 Zie reeds uitvoerig § 2.5.1.
- 18 Meijers, p. 267, noemt vier categorieën subjectieve rechten: de persoonlijkheidsrechten, de vermogensrechten, de familierechten en de lidmaatschapsrechten. Tot de persoonlijkheidsrechten behoren z.i. onder meer het recht op lichamelijke integriteit, het recht op eer en goede naam, het recht op voornaam en familienaam en verder verschillende rechten die in het intellectuele eigendomsrecht worden erkend, zoals het recht om als auteur van een werk of als uitvinder van een octrooi vermeld te worden, het recht om zelf te beslissen of in eigen scheppingen op het gebied van kunst of techniek wijzigingen zullen worden aangebracht, etc. In § 7.8.5.1 zullen ook het genot van burgerlijke rechten op grond van art. 1:1 BW en de testeebevoegdheid als persoonlijkheidsrechten worden aangemerkt. Familierechten zijn volgens Meijers de rechten die iemand als lid van een familie toekomen; aangezien veel van deze rechten, zoals alimentatierechten, strekken tot bevrediging van stoffelijke behoeften, zijn de rechten meestal ook vermogensrechten.

het bijzonder een in vrij brede kring gedeelde notie bestaat, zijn de gangbare begripsomschrijvingen sterk vermogensrechtelijk georiënteerd.<sup>19</sup> Het meest gangbaar is de algemene omschrijving van het subjectieve recht als 'een aan het objectieve recht ontleende bevoegdheid'. Deze omschrijving biedt echter geen inzicht in de vragen die in dit hoofdstuk centraal staan, in het bijzonder de vraag in hoeverre een bevoegdheid uit een goederenrechtelijk recht kan worden afgesplitst.

### 7.3.2 *Functies van het begrip subjectief recht*

Meijers heeft uitdrukkelijk aandacht besteed aan de functies van het begrip subjectief recht.<sup>20</sup> Ten eerste vormt het begrip een hulpmiddel bij de doelmatige indeling van de stof van het privaatrecht in rubrieken; het algemene begrip subjectief recht overkoepelt de bijzondere subjectieve rechten als eigendom, vruchtgebruik, vorderingsrechten, auteursrechten, etc.

Belangrijker acht Meijers de tweede functie van het begrip: het subjectieve recht bepaalt de toepasselijkheid en de reikwijdte van een aantal belangrijke algemene rechtsregels, zoals "de regels der handhaving der verkregen rechten in het internationaal privaatrecht, in het volkenrecht, alsmede in het intertemporale recht, de regels betreffende de bescherming van het subjectieve recht door middel van preventieve en repressieve acties alsmede door vorderingen tot schadevergoeding".<sup>21</sup> Aangezien het begrip subjectief recht zo gezien fungeert als 'trigger' voor de toepasselijkheid van dit algemene regime van rechtsbescherming, acht Meijers het van belang dat niet iedere door de wet aan een individu verleende bevoegdheid waarvan deze in zijn eigen belang gebruik kan maken, wordt aangemerkt als een subjectief recht.<sup>22</sup>

---

19 Vgl. A.A.H. Struycken, *Het rechtsbegrip - Theoretische onderzoeken*, diss. Leiden, 1903, p. 237; Meijers, p. 75-76.

20 A.w., p. 75-76.

21 Op p. 83 rept Meijers van 'de regels die zich om het subjectieve recht groeperen'.

22 A.w., p. 75: "De regels (..) blijven ook in de moderne rechtsstelsels wenselijke regelingen, mits men maar niet iedere door de wet aan een individu verleende bevoegdheid, waarvan deze in zijn eigen belang gebruik kan maken, als een subjectief recht aanmerkt. Wanneer men de kenmerken van het subjectieve recht zo ruim zou nemen, dat daaronder onder meer zou vallen de bevoegdheid om een proces te voeren, om een testament te maken, om handel te drijven enz., dan inderdaad heeft men met een begrip te doen zonder veel praktische waarde, waarvoor de regels der handhaving der verkregen rechten niet gelden. Voor een op beperktere basis gevormd begrip, subjectief recht, blijven deze regels echter wel degelijk hun waarde behouden, al dient men ook daarbij uitzonderingen op de regel te erkennen."

Deze tweede functie betreft niet alleen het algemene begrip subjectief recht, maar ook en met name de bijzondere categorie van het subjectieve *vermogensrecht*. Behoudens uitzonderingen geldt voor alle typen van subjectieve vermogensrechten een bijzonder regime van algemeen toepasselijke rechtsregels, naast de algemene regels betreffende de acties tot handhaving van de rechtspositie tegen mogelijke inbreuk en de bescherming als verkregen recht in het IPR en het overgangsrecht. Indien sprake is van een subjectief vermogensrecht, is dat recht in beginsel vatbaar voor overdracht, voor zowel individuele als collectieve verhaalsexecutie door schuldeisers, voor vererving en vormt het onderdeel van een eventuele huwelijksgemeenschap van het rechtssubject.<sup>23</sup>

Het verband tussen de kwalificatie als subjectief vermogensrecht en de toepasselijkheid van een bijzonder rechtsregime is in de eerdere hoofdstukken al twee keer ter sprake gekomen. Bij de beschrijving van de herkomst van de *numerus clausus* is in § 3.4.2.8 aandacht besteed aan het opstel van Meijers uit 1907 in Themis over art. 584 oud BW. Daarin zette Meijers uiteen dat bij gebreke van een algemene grondslag voor rechtsgeldigheid alleen derdenwerking toekomt aan die typen overeenkomsten en die typen zakelijke rechten die uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld. Zonder een heldere definitie van het begrip zakelijk recht konden geen algemene voorschriften inzake levering, de wijzen van tenietgaan, en de vatbaarheid voor beslag worden geformuleerd. Zouden partijen vrij zijn om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, dan zouden praktische vragen rijzen over de wijze van levering, beslaglegging, tenietgaan, etcetera. Meijers meende daarom dat elk zakelijk recht een uitdrukkelijke grondslag in de wet behoeft: een *numerus clausus*. De beschouwing van Meijers uit 1907 vond een weerslag bij de bespreking van de ratio van de *numerus clausus* in hoofdstuk 5. In § 5.5 is de organisatorische functie van de *numerus clausus* genoemd als aspect van de ratio. De kwalificatie van een bevoegdheid als goederenrechtelijk recht, die leidt tot toepasselijkheid van allerlei bijzondere voorschriften in verband met de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten, wordt aanzienlijk vereenvoudigd door de *numerus clausus*.

De hier als tweede vermelde functie van het begrip subjectief recht doet aan de organisatorische functie van de *numerus clausus* van goede-

---

23 Vgl. Meijers, a.w., onder meer p. 83 en 85, en op p. 86: "Het normale type van een subjectief recht is dan verder het subjectieve vermogensrecht, hetwelk door de rechthebbende overgedragen en door schuldeisers uitgewonnen kan worden; hetwelk in een huwelijksgemeenschap valt, welks aantasting door derden een recht tot schadevergoeding oplevert, enz."; op o.a. p. 82 noemt Meijers ook de overgang op erfgenamen. Vgl. ook A.A.H. Struycken, a.w., § 7, p. 257.



renrechtelijke rechten denken, maar dan in tegengestelde zin. Het goederenrechtelijke recht vormt een species van het genus subjectief vermogensrecht. Waar op het 'hogere' niveau van het subjectieve vermogensrecht wel een regime van algemeen toepasselijke rechtsregels bestaat, ontbreken dergelijke algemeen toepasselijke rechtsregels voor goederenrechtelijke rechten op het 'lagere' niveau. Daardoor bestaat anders dan voor de goederenrechtelijke rechten geen noodzaak tot een numerus clausus van subjectieve vermogensrechten, althans wat de organisatorische functie betreft.<sup>24</sup>

### *7.3.3 Kenmerken van een subjectief recht*

Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een subjectief vermogensrecht, hanteert Meijers de hem kenmerkende aanpak van de formulering van een normaaltype. In deze benadering wordt een aantal eigenschappen van het normaaltype van een rechtsbegrip in kaart gebracht. Vervolgens worden verschillende rechtsfiguren aan het normaaltype getoetst en wordt op basis van doelmatigheidsoverwegingen beslist in hoeverre die verschillende figuren voldoende eigenschappen van het normaaltype vertonen om nog onder het rechtsbegrip te worden gebracht. Kenmerkend is de volgende passage:

De beschouwingen over nieuwe fiduciaire rechtsverhoudingen "doen echter duidelijk uitkomen hoe de overgang van rechthebbende tot houder van een recht voor een ander een geleidelijke is. Vanuit het standpunt ener doelmatige ordening valt niet anders te doen dan het opstellen van een normaal type van het subjectieve vermogensrecht. Bij de onvolkomen gevallen zal het dan van zuiver doelmatigheids-overwegingen afhangen of men de regeling van deze gevallen zal weergeven door ze onder dezelfde rubriek te rangschikken als het normale geval met vermelding der eigenschappen van het normale type die ontbreken of dat men ze buiten de rubriek van het subjectieve recht zal plaatsen en slechts een opsomming zal geven van de bevoegdheden, die de betrokken persoon in het belang van de rechthebbende, die hij vertegenwoordigt, heeft."<sup>25</sup>

---

24 In § 2.2.1 is gebleken dat de wetgever het op grond van het gesloten stelsel van het goederenrecht niet nodig heeft gevonden om algemene regels van het goederenrecht in de wet op te nemen.

25 A.w., p. 90. Zie voor de normaaltype-benadering ook p. 30, 86 en 269. Nader over het systeem van classificatie met behulp van normaaltypen: Asser-Mijnssen 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001, nrs 4 en 28; A.R. Bloembergen, Over de methode van Meijers, WPNR 5504 (1980); Rank-Berenschot, diss., § 4.4; M.A. Loth, De geest van Begrijfsjurisprudentz, RM Themis 1 (1990), p. 3-12. Ongelukkig acht ik de weergave van de normaaltype-benadering door Ketelaar en Th.F. de Jong, zoals vermeld in een noot bij § 6.5.3. Zie verder § 7.3.5.

Door middel van formulering van een normaaltype analyseert Meijers ook het begrip subjectief recht. Uiteindelijk komt hij tot het volgende hoofdkenmerk:

"De meest doelmatige rubricering wordt verkregen wanneer als kenmerk van het subjectieve recht wordt aangenomen. een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen."<sup>26</sup>

De twee centrale aspecten van dit hoofdkenmerk zijn de bevoegdheid en het belang.

Direct rijst dan de vraag in hoeverre deze twee aspecten zijn te splitsen. Niet steeds wordt een bevoegdheid toegekend om het eigen belang te dienen; bijvoorbeeld bij voogdij is aan de voogd van rechtswege krachtens art. 1:337 BW de bevoegdheid toegekend om het belang van een minderjarig kind te dienen. De scheiding tussen bevoegdheid en beschermd belang roept de vragen op in hoeverre nog sprake kan zijn van een subjectief recht en aan wie dat recht toekomt.<sup>27</sup> Om precies deze reden heeft A. van Oven zich verzet tegen de vormgeving van fiduciaire rechtsverhoudingen door middel van een vorm van splitsing van het eigendomsrecht:

"De basering van de splitsingsconstructie op een scheiding van de factoren macht en belang schijnt mij afgezien van het geval van handelingsonbekwaamheid onaanvaardbaar. Is niet in de combinatie van deze beide factoren de essentie gelegen van het begrip subjectief recht? Een individu heeft een bepaald belang en de rechtsorden geeft hem zekere bevoegdheden, geeft hem rechtsmacht ter bescherming van dat belang. Het resultaat is het bestaan van een subjectief recht. Gaat men pogen deze beide essentiële elementen van het subjectieve recht van elkaar los te maken, dan kan het gevolg mijns inziens geen ander zijn, dan dat het begrip subjectief recht als zodanig zijn betekenis verliest."<sup>28</sup>

- 
- 26 A.w., p. 86. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, 1992, h. 3 (Recht en belang), p. 41, eerder gepubliceerd in: *Flores Debitorum* (Van Haersolte-bundel), 1984, ziet in deze begripsomschrijving van Meijers een synthese van het gedachtegoed van Savigny en van Jhering. Zie reeds E.J.J. van der Heijden, *De samengestelde rechtsbetrekking*, WPNR 3065 (1928), ook in: *Verspreide geschriften*, 2001, p. 94; Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, diss. Leiden, 1939, p. 43-49, m.n. p. 45-46: "Aldus is subjectief recht een belang, door het objectieve recht en mede door eene actie beschermd tezamen met deze actie zelve." De actiemogelijkheden spelen ook een prominente rol in de analyse van A.A.H. Struycken, a.w., p. 240; zie ook Nieuwenhuis, a.w., h. 4 en 5.
- 27 Meijers, p. 81: "Het verschil in opvatting omtrent het subjectieve recht komt dan duidelijk tot uiting, wanneer degene, wie de door het recht verleende bevoegdheden toekomen, en degene te wiens nutte het recht verlangt, dat deze bevoegdheden worden uitgeoefend, niet een en dezelfde persoon is."
- 28 A. van Oven, *Fiduciaire rechtsverhoudingen*, NJB 1956, p. 529-539 (voorbespreking preadviezen NJV 1956).

Van Oven koos voor een sterk dogmatisch georiënteerde interpretatie van het begrip subjectief recht en daarmee voor een restrictieve benadering van elke vorm van splitsing bevoegdheid en belang.

De strekking van de beschouwingen van Meijers is dat het begrip subjectief recht zowel vanuit het perspectief van de bescherming van een belang van de rechthebbende als vanuit het perspectief van de toekenning van bevoegdheden moet worden gezien. Steeds spelen beide dimensies een rol. Dit betekent volgens Meijers echter niet dat steeds sprake moet zijn van een subjectief vermogensrecht: noch de ene noch de andere dimensie is in alle gevallen doorslaggevend voor het aannemen van het bestaan van een subjectief recht.<sup>29</sup> Wel is de enkele omstandigheid dat aan een persoon de bevoegdheid tot bescherming van een belang toekomt, op zichzelf onvoldoende om die persoon dan ook een subjectief recht toe te kennen. Het kan doelmatig zijn om over te gaan tot een wettelijke scheiding van bevoegdheid en de bestemming ten behoeve van een ander, waarbij het subjectieve vermogensrecht nog alleen aan de belanghebbende toekomt en dus niet langer aan de ander die bevoegdheden heeft ten aanzien van dat belang.<sup>30</sup>

#### *7.3.4 Criteria voor de erkenning van een subjectief recht*

Meijers geeft vervolgens enige criteria voor beantwoording van de vraag wanneer al dan niet het bestaan van een subjectief vermogensrecht moet worden aangenomen. Deze criteria zijn vooral negatief: het gaat om kenmerken die onvoldoende zijn om een subjectief recht aan te nemen.

Ten eerste acht Meijers het voor het aannemen van een subjectief recht onvoldoende, dat het objectieve recht iemands belang beschermt en daarnaast de belanghebbende een actie geeft, waarmede hij zelf voor zijn belang kan opkomen. Hierbij wordt kennelijk gedacht aan de aanspraak die correspondeert met de verplichting om te handelen conform de maatschappelijke betamelijkheid. Deze aanspraak wordt beschermd door middel van een vordering op grond van onrechtmatige daad, maar is zelf niet aan te merken als een subjectief vermogensrecht.<sup>31</sup>

---

29 Meijers, a.w., p. 82 Geen van de tegenwoordige rechtssystemen "verbinden het begrip subjectief recht uitsluitend aan een door het recht beschermd belang van een privaats persoon, maar evenmin aan de een particulier persoon toekomende bevoegdheid "

30 Vgl. Meijers, a.w., p. 81

31 A.w., p. 83 "Bij dergelijke verplichtingen die jegens een ieder bestaan, dient men niet een aan ieder toekomend subjectief recht aan te nemen. Deel van het vermogen zijn zodanige beschermde belangen niet. zij zijn niet voor overdracht vatbaar, kunnen niet geëxecuteerd worden, vallen niet in een huwelijksgemeenschap, enz., ook

Ten tweede meent Meijers dat evenmin een subjectief recht moet worden aangenomen, wanneer het recht weliswaar niet belangen van een ieder beschermt, maar dan toch van een ieder, die tot een bepaalde groep behoort. Hij wenst "slechts dan een subjectief recht aan te nemen, wanneer de norm, die het belang beschermt, niet een is, die iedere groepsgeenoot gelijkelijk dient, maar die een speciale bescherming aan een rechthebbende verleent".<sup>32</sup> Meijers noemt als voorbeeld de naburige verplichtingen, die nu zijn geregeld in titel 5.4 BW. Hij erkent dat dergelijke verplichtingen tussen naburen in het destijds geldende Nederlandse recht als verbintenissen werden aangemerkt, maar keert zich hiertegen omdat de wet deze bevoegdheden gelijkelijk aan alle naburen toekent.<sup>33</sup> Alleen indien deze bevoegdheden krachtens een bijzondere rechtshandeling of op grond van bijzondere feiten ontstaan, zoals bijvoorbeeld krachtens erfdiensbaarheid, leveren zij wel een subjectief recht op.

Een derde variant van bevoegdheden die door het recht aan eenieder worden toegekend en daarom niet als subjectief recht zouden moeten worden aangemerkt, bestaat uit de bevoegdheden, "wier waarde voor de betrokkene gelegen is in de juridische macht die zij hem geven om naar eigen inzicht veranderingen in eigen rechtspositie of in die van anderen

---

als verkregen rechten worden zodanige algemene belangen niet aangemerkt. Het heeft dan ook geen enkel nut om ze onder subjectieve rechten op te nemen, het verwatert slechts het begrip subjectief recht." In een voetnoot hierbij geeft Meijers de volgende voorbeelden: het recht om een arbeidsovereenkomst met een werkwillige werknemer aan te gaan en het recht van de eigenaar om te bepalen wie zijn koeien zal slachten. "Dit zijn bevoegdheden, maar noch voor het positieve Nederlandse recht noch in een algemene rechtsleer subjectieve rechten." Deze voorbeelden zijn aansprekend, maar het is moeilijk in te zien dat ze verduidelijking bieden over 'verplichtingen die jegens een ieder bestaan', het lijkt mij dat beide bevoegdheden op het vlak van de contractsvrijheid liggen. Het recht van de eigenaar om te bepalen wie zijn koeien mag slachten is verder een bevoegdheid die onlosmakelijk aan het eigendomsrecht is verbonden.

32 A.w., p. 84-85

33 Zie ook p. 144. "Voor de algemene rechtsleer valt er het meest voor te zeggen om zodanige bevoegdheden als onderdeel van één eigendomsrecht aan te merken, het valt niet in te zien, waarom ten aanzien dezer bevoegdheden, wat competentie, verjaring enz. betreft, andere regels zullen gelden dan ten aanzien der bevoegdheden die de eigenaar krachtens zijn eigendomsrechten tegenover derden heeft." Deze en andere passages zijn scherp bekritiseerd door J. Eggers, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Mededelingen KNAW, 1960, passim, die de passages echter heeft gelicht uit hun context, namelijk de vraag in hoeverre het doelmatig is een bevoegdheid als een zelfstandig subjectief recht aan te merken. Dit is een heel ander onderwerp dan de 'kwalitatieve verbintenis' waarover Eggers schreef en waarover Meijers zich nauwelijks uitliet. De rede van Eggers is van begin tot einde een philippica tegen de geschriften van Meijers, en had beter de titel 'Over de wanbegrippen van Meijers' gegeven kunnen worden.

te brengen". Meijers noemt bijvoorbeeld de bevoegdheden om een testament te maken, om een aanbod te doen, en om een erfenis te verwerpen.<sup>34</sup>

Van een vierde variant van bevoegdheden die niet als subjectief recht zouden moeten worden aangemerkt, is sprake "wanneer de bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjectief recht optreedt. De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht, de bevoegdheid om beslag op goederen van zijn schuldenaar te leggen is onderdeel van een vorderingsrecht, geen daarvan te onderscheiden zelfstandig subjectief recht." Hierbij rijst dan wel de vraag wanneer een bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjectief recht optreedt. Meijers zegt hierover alleen dit:

"Slechts dan kan men een zodanige bevoegdheid als een subjectief recht aanmerken, wanneer zij een speciaal en zelfstandig karakter draagt, zodat zij noch aan een ieder toekomt, noch regelmatig aan een bepaalde rechtsbetrekking verbonden is. Deze eigenschappen der bevoegdheid treden vooral dan duidelijk naar voren, wanneer de bevoegdheid qua talis voor overdracht vatbaar, geexecuteerd kan worden, enz."<sup>35</sup>

Meijers noemt als voorbeelden een bedongen optierecht, de bevoegdheid van een legitimaris tot inkorting van testamentaire beschikkingen, een jachtrecht<sup>36</sup>, en een patronaatrecht. Deze bevoegdheden zijn volgens

---

34 A.w., p. 85. De omschrijving van deze bevoegdheden lijkt ook de wilsrechten te omvatten, maar elders blijkt dat Meijers verschillende typen wilsrechten wel als subjectief vermogensrecht aanmerkt; zie p. 96. Uit p. 146 blijkt dat Meijers ook de bevoegdheden van de pandhouder, zoals die tot executoriale verkoop en verhaal bij voorrang, rekent tot de categorie van 'subjectieve rechten die een persoon de macht geven om veranderingen in de bestaande rechten en verplichtingen te brengen'. Bij de omschrijving van de wilsrechten op p. 266 ("bij wilsrechten bestaat de kern van het recht uit een juridisch kunnen d.i. de bevoegdheid om door een wilsverklaring veranderingen in de rechtsbetrekkingen tot stand te brengen") noemt Meijers als voorbeelden het recht van hypotheek, een optierecht en een inkortingsrecht. Vgl. TM bij art. 3:83, PG 3, p. 314.

35 A.w., p. 85. Meijers lijkt hier dicht bij een cirkelredenering te zitten, die ook de uitleg van art. 3:6 BW parten speelt. Voor ogen gehouden moet worden dat Meijers de methode van de vrije begripsvorming hanteert en zich toelegt op de formulering van een algemene rechtsleer. Dan is vatbaarheid voor overdracht niet een gegeven, maar een rechtsgevolg dat door de wetgever aan een rechtsfiguur kan worden verbonden.

36 Het jachtrecht wordt door hem gedefinieerd als de bevoegdheid om zich door occupatie eigenaar van zich op een terrein bevindend wild te maken. Zo gezien gaat het m.i. om een soort recht van vruchtgebruik, zij het dat het recht van vruchtgebruik is verbonden aan de persoon van de vruchtgebruiker en dus niet vererft. Voor zover het jachtrecht niet aan een ander dan de eigenaar is toegekend, dient het volgens Meijers, a.w. p. 145-146, niet te worden beschouwd als een zelfstandig recht van de eigenaar, maar als een bevoegdheid die deel uitmaakt van het eigendomsrecht: "Dat het gebruik en de vruchttrekking van een zaak bevoegdheden zijn, die van de

Meijers dus wel aan te merken als subjectieve vermogensrechten.<sup>37</sup> In deze beschouwingen over het begrip subjectief recht liggen aanwijzingen besloten voor de beantwoording van de vraag welke bevoegdheden tezamen deel uitmaken van één subjectief vermogensrecht: "de samenstelling van de bevoegdheden die bij het bestaan van een bepaald subjectief recht aanwezig zijn, doet de vraag 'eenheid of veelheid van recht' rijzen".<sup>38</sup> De verschillende bevoegdheden van een eigenaar dienen niet ieder als zelfstandig subjectief vermogensrecht te worden aangemerkt, maar vormen tezamen een eenheid die het eigendomsrecht wordt genoemd.<sup>39</sup> Voor het aannemen van een eenheid pleit in het bijzonder de omstandigheid dat het ontstaan en het tenietgaan van alle betrokken bevoegdheden gelijkelijk onderworpen zijn aan hetzelfde regime van rechtsregels dat het ontstaan van de totaliteit van alle bevoegdheden beheerst; "slechts wanneer een bevoegdheid zijn eigen wijzen van ontstaan en tenietgaan, onafhankelijk van het eigendomsrecht, heeft, gelijk b.v. bij de erfdienstbaarheden het geval is, bestaat er voldoende grond om van een bijzonder recht, staande naast het eigendomsrecht te spreken."<sup>40</sup> In dit element van de redenering van Meijers is de totaliteit van het eigendomsbegrip herkenbaar.<sup>41</sup>

Hierbij is volgens Meijers niet relevant of een bevoegdheid door rechtshandeling van de eigendom kan worden afgescheiden of niet. De omstan-

---

eigendom losgemaakt en als zelfstandig recht gevestigd kunnen worden, heeft nog niet tengevolge, dat deze bevoegdheden, zolang zij aan de eigenaar toekomen, ook als zelfstandig recht beschouwd moet worden."

37 Ten aanzien van de bevoegdheid van een legitimaris tot inkorting van testamentaire beschikkingen neig ik in § 7.8.5.2 tot een afwijkend oordeel.

38 A.w. p. 143, in hoofdstuk IV, 'Eenheid en veelheid van rechtsplichten, subjectieve rechten en rechtsbetrekkingen'.

39 Om de vraag te illustreren geeft Meijers de volgende beschrijving van de eigenaarsbevoegdheden, op p. 143: "Zo is de eigenaar van een onroerend goed bevoegd, zijn goed door beplanting of bebouwing te gebruiken; hij kan het ook voor speelterrein inrichten of daarop jagen; hij is verder bevoegd het goed te vervreemden of te bezwaren; hij is bevoegd van derden te eisen, dat zij zich van een aantasting van het goed of een belemmering van zijn genot onthouden; hij kan in bepaalde gevallen van zijn naburen verlangen, dat hun goed het zijne steun verleent of dat zij niet beletten, dat hij van hun goed enig gebruik maakt of voordeel trekt. De eigenaar komen verder alle erfdienstbaarheden en alle vorderingsrechten toe, die met het goed verbonden zijn. Bij al deze bevoegdheden kan de vraag gesteld worden: zijn dit bevoegdheden, die in het eigendomsrecht begrepen zijn, of zijn het zelfstandige bevoegdheden of rechten, die met het eigendomsrecht door wet of overeenkomst verbonden zijn, zogenaamde kwalitatieve rechten of bevoegdheden."

40 A.w. p. 144 en 146. Om dezelfde reden meent Meijers op p. 147 dat de persoonlijkheidsrechten terecht als zelfstandige subjectieve rechten naast het auteursrecht en het octrooirecht worden geplaatst.

41 Zie § 3.7.2.2.

digheid dat afsplitsing van de bevoegdheid in de vorm van een zelfstandig subjectief recht mogelijk is, is onvoldoende motief om een zelfstandig recht aan te nemen zolang de afgesplitste bevoegdheid niet aan een ander is overgedragen of toegekend maar onderdeel uitmaakt van het pakket bevoegdheden van de eigenaar of anderszins moedergerechtigde.<sup>42</sup>

Wel is voor de beoordeling of bevoegdheden een eenheid vormen volgens Meijers van belang of de bevoegdheden een gemeenschappelijk doel dienen, zo blijkt uit het gecursiveerde gedeelte van de volgende passage:

"De vraag die hier ten aanzien van de eigendom besproken is, doet zich evenzo voor bij de wilsrechten, dat zijn die subjectieve rechten die een persoon de macht geven om veranderingen in de bestaande rechten en verplichtingen te brengen. Zodanige subjectieve rechten treden bijna nooit geheel op zich zelf staand op. Bijna altijd zijn met hen bevoegdheden verenigd, die in het mogen verrichten van aan anderen verboden handelingen bestaan of nevenbevoegdheden tot het brengen van veranderingen in bestaande rechtsbetrekkingen. Zo ligt b.v. in een pandrecht besloten: de juridische macht om bij het niet voldoen van een schuld het voorwerp van het pandrecht te verkopen, de bevoegdheid om zich uit de opbrengst bij voorrang te bevredigen, de bevoegdheid om het pand tot de aflossing der schuld en somtijds zelfs daarna onder zich te houden, de bevoegdheid om bij verlies of ontvreemding het pand van derden op te eisen, enz. Geen dezer bevoegdheden dient men als bijzonder recht naast het pandrecht te plaatsen, tenzij deze bevoegdheden haar eigen wijzen van ontstaan en tenietgaan zouden hebben. Zo zou men bij het hypotheekrecht een bedongen huurvernietigingsrecht of een bedongen recht van vruchttrekking als bijzondere subjectieve rechten naast het hypotheekrecht kunnen plaatsen, en zelfs hier kan nog de vraag gesteld worden of het *nauwe verband van het doel dezer nevenrechten met het doel van het hypotheekrecht* het niet wenselijk maakt om hier slechts te spreken van een bedongen uitbreiding van de bevoegdheden van de hypotheekhouder en niet van een bijzonder subjectief recht. Wanneer b.v. een hypotheekhouder de bevoegdheid van eigenmachtige verkoop bedingt, zal toch niemand geneigd zijn hier een naast het hypotheekrecht staand subjectief recht te erkennen, zoals de erfdiensbaarheid naast de eigendom staat."<sup>43</sup>

De aanwijzing ligt besloten in de analyse dat het *doel* van de nevenbevoegdheden in zodanig *nauw verband* staat met het *doel* van het subjectieve recht dat zij daarvan deel uitmaken. De onderlinge verwantschap ten behoeve van een bepaald gezamenlijk doel bepaalt dus de eenheid van de bundel bevoegdheden als een zelfstandig subjectief vermogensrecht.<sup>44</sup> De

42 A.w., p. 145.

43 A.w., p. 146-147. Cursivering toegevoegd.

44 Zie ook p. 136-137, in de inleiding van Hoofdstuk IV, getiteld 'Eenheid en veelheid van rechtsplichten, subjectieve rechten en rechtsbetrekkingen', dat gaat over "de tegenstelling, die gemaakt kan worden tussen een rechtsplicht, resp. een subjectief recht of een rechtsbetrekking die uit onderscheiden onzelfstandige onderdelen is samengesteld enerzijds, en een veelheid van zelfstandige samenhangende rechtsplichten, subjectieve rechten of rechtsbetrekkingen anderzijds": "Voor het aanne-

bevoegdheden die tot die bundel met een gemeenschappelijk doel behoren, komen dan dus in beginsel niet in aanmerking voor de erkenning als zelfstandig subjectief recht. Deze inhoudelijke afbakening van het begrip subjectief recht ten opzichte van de verschillende bevoegdheden die daarvan deel uitmaken, is ook reeds in 1903 op beknopte wijze verwoord door A.A.H. Struycken:

"Waarom is wèl het eigendomsrecht een subjectief recht, niet iedere daarin vervatte bevoegdheden op zich zelve? Omdat iedere dier bevoegdheden wel, evenals ieder deel van een voorwerp, op zich zelve kan worden beschouwd, maar haar samenhang met de andere bevoegdheden, als toekomende aan éénzelfden persoon, gericht op éénzelfde voorwerp, beschermd door denzelfden algemeenen onthoudingsplicht van anderen, gehandhaafd door hetzelfde rechtsmiddel, zoo zeer in het oog springt, dat ze niet allèen, maar slechts in verband met die andere bevoegdheden, zich afscheidt van alle andere bevoegdheden en rechten."<sup>45</sup>

Met de verwijzing naar het doel en het voorwerp van een subjectief recht komt ook de functie in het maatschappelijk verkeer in beeld.

Opnieuw ontstaat een *déjà-vu*. De citaten brengen het voldoende verbandvereiste in herinnering, dat in § 6.5 is beschreven. Dit vereiste betrof niet het subjectieve recht in het algemeen maar specifiek de beperkte goederenrechtelijke rechten, maar toch is de gelijkenis treffend. Op grond van het voldoende verbandvereiste gaan door partijen bij de vestiging van een

---

men van een eenheid op rationele basis is nodig dat er tussen de afzonderlijke delen een nauw causaal of teleologisch verband bestaat, zodat zij b.v. òf te zamen in hun ontstaan, voortbestaan en tenietgaan door dezelfde feiten beheerst worden, resp. te zamen als oorzaak van andere verschijnselen optreden, òf wel te zamen tot een en hetzelfde doel samenwerken. Door aldus aan de factoren, causaliteit en doelmatige samenwerking, een beslissende invloed toe te kennen, voert men in zijn begripsvorming een dynamisch element in en houdt de gestelde vraag op een zuiver statische te zijn, hoewel zij betrekking heeft op gelijktijdig zich voordoende verschijnselen."

- 45 A.A.H. Struycken, *Het rechtsbegrip -Theoretische onderzoeken*, diss. Leiden, 1903, p. 239. Zie ook p. 238, § 3: het eerste kenmerk van een subjectief vermogensrecht is "de *uterlijke afscheiding*, de waarneming, dat de samenhang der samenstellende deelen onderling inniger is dan die met de omgeving. Zoo zijn ook de subjectieve rechten subjectieve rechtsvormen, waarin bevoegdheden, machten plichten zoozeer met elkander samenhangen, dat het geheel zich afscheidt zoowel van de bevoegdheden, macht en plichten van den gerechtigde als van die van anderen." Vgl. P. Scholten, WPNR 2802-2805 (1923), *Verzamelde geschriften* III, p. 367. Struycken achtte blijkens p. 240 naast het nauwe inhoudelijke verband kennelijk ook de handhavingsmogelijkheden relevant, en noemt verder op p. 243 de continuïteit van bestaan als kenmerk van een subjectief vermogensrecht, op p. 252 de zelfstandigheid van subjectieve vermogensrechten tegenover de objectieve regels die hun ontstaan beheersen, waarmee is bedoeld op overgangsrecht, en op p. 257 de overdraagbaarheid en de vererfelijkheid.



beperkt recht aanvullend overeengekomen bevoegdheden en verplichtingen deel uit maken van het beperkte recht, indien die bevoegdheden en verplichtingen zodanig verband vertonen met dat recht, dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Bij deze beoordeling staat het wezen van dat type beperkte recht centraal. Daarbij kan ook de functie van dat goederenrechtelijke recht in het maatschappelijk verkeer een rol spelen. Zo bezien dient de bundel bevoegdheden en verplichtingen een eenheid te vormen.<sup>46</sup> De aanvullende bevoegdheden en verplichtingen behoren dan juist te worden aangemerkt als onderdeel van het beperkte recht; zij behoren niet te worden aangemerkt als zelfstandige subjectieve rechten naast het gevestigde beperkte recht.

### *7.3.5 Onvolkomen gevallen*

De normaaltype-benadering van Meijers bij de formulering van een algemene rechtsleer impliceert dat allerlei min of meer afwijkende rechtsfiguren toch als subjectief vermogensrecht kunnen worden aangemerkt:

"Naast dit normale type van het subjectieve vermogensrecht kunnen dan wederom, evenals bij de vermogensrechtelijke plicht, verschillende onvolkomen gevallen geplaatst worden. Of men deze onvolkomen gevallen ook subjectieve rechten zal noemen, hangt hiervan af hoe men op de eenvoudigste wijze de gegeven rechtsbetrekking kan weergeven. of door van een subjectief recht uit te gaan en alleen te vermelden waarin dit van het normale type verschilt of door geen subjectief recht aan te nemen doch op te sommen welke bijzondere rechtsregels op het gegeven geval van toepassing zijn. Men kan aldus bij deze onvolkomen gevallen zelfs zeer goed komen tot het aannemen van subjectieve rechten, hoewel de hierboven genoemde hoofdkenmerken van het subjectieve recht ontbreken of het onzeker is of zij aanwezig zijn. Het aanwezig zijn van alle secundaire eigenschappen brengt er ons dan toe om van een subjectief recht te spreken"<sup>47</sup>

Een van de door Meijers als 'overgangsvormen' of 'onvolkomen gevallen' aangeduide subjectieve vermogensrechten is dan de fiduciaire rechtsverhouding die in dit hoofdstuk veel aandacht zal krijgen. Het subjectieve vermogensrecht van de fiduciair rechthebbende wordt immers niet in het

---

<sup>46</sup> Asser-Mijnsen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 5, vgl. ook nr. 1 ten aanzien van het begrip subjectief recht. "de ordening van de rechtsverschijnselen pleegt te geschieden door groepen van bevoegdheden samen te bundelen (bijvoorbeeld eigendom, hypotheek, vorderingsrecht) en verder als eenheid te behandelen." Zie ook Asser-Van der Grinten 2-II, De rechtspersoon, 1986, nr. 6. "In het privaatrecht wordt de term subjectief recht gebezigd voor een bundel bevoegdheden die te zamen als een geheel worden beschouwd."

<sup>47</sup> A w , p. 86

eigen belang maar in het belang van een ander uitgeoefend.<sup>48</sup> Hetzelfde geldt voor een van de andere onvolkomen gevallen, namelijk de overdracht onder tijdsbepaling of voorwaarde. Ook in deze beide gevallen dient de rechthebbende bij de uitoefening van zijn bevoegdheden rekening te houden met de belangen van de verkrijger onder tijdsbepaling of voorwaarde. Deze 'onvolkomen' rechtsfiguren zouden alle geheel of ten dele kunnen worden geanalyseerd als een scheiding tussen bevoegdheid en belang.

Toch kunnen de beschouwingen van Meijers niet worden verstaan als een pleidooi voor de erkenning van subjectieve vermogensrechten die in het belang van een ander dan het rechtssubject moeten worden uitgeoefend. Zoals nog zal blijken bij de bespreking van de fiduciaire overdracht in de volgende paragrafen, is de strekking van zijn beschouwingen steeds dat daar waar bevoegdheden in het belang van een ander worden uitgeoefend, het subjectieve vermogensrecht aan die belanghebbende zou moeten worden toegekend.<sup>49</sup> Zo streefde Meijers naar de invoering van het bewind ter vervanging van fiduciaire eigendom ten titel van beheer, omdat zo de positie van de belanghebbende ten opzichte van de beheerder en zijn schuldeisers zou worden versterkt. Het subjectieve vermogensrecht van de belanghebbende ontbeert dan wel enige bevoegdheden ten aanzien van zijn goed zoals de bevoegdheid tot beschikken, die immers zijn afgescheiden en aan de beheerder toekomen.

De centrale vraag in de beschouwingen van Meijers bij het in kaart brengen van een algemene rechtsleer is steeds in hoeverre het doelmatig is om het bestaan van een subjectief recht aan te nemen wanneer aan een

48 Vgl. C.Æ. Uniken Venema, preadvies NJV 1956-I, p. 22, ten aanzien van de verschillende verschijningsvormen van de fiduciaire rechtsverhouding cum amico. "Nu worden al deze figuren gekenmerkt door eenzelfde verschijnsel, namelijk dat het belang en de macht - de beide elementen welke een subjectief recht normaliter behelst - bij verschillende personen berusten. Degene, aan wie de macht toekomt, is in het kader van de fiduciaire rechtsverhouding de drager van het subjectieve recht, de belanghebbende bezit, om zijn belang geldend te kunnen maken, niet anders dan een obligatoire aanspraak tegenover de fiduciair gerechtigde - uiteraard is deze aanspraak op zichzelf óók een subjectief recht, maar in zakenrechtelijk opzicht staat dit los van het aan de fiduciaire rechtsverhouding onderworpen recht -"

49 Vgl. Uniken Venema, a.w., p. 25. Deze benadering moet vervolgens ook worden verdisconteerd in de omschrijving van het begrip rechtssubject. Zie reeds Houwing, Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon, 1939, p. 51, die kwam tot "de volgende - enkel voor het natuurlijk rechtssubject geldende - definitie. rechtssubject is hij, aan wien de in het subjectieve recht gelegen mogelijkheid van voordeel en de deze mogelijkheid mede beschermende actie toekomen alsmede hij, aan wien het uit de objectief mogelijke voordeelen door zijn wettelijken vertegenwoordiger te kiezen voordeel toekomt en aan wiens wettelijken vertegenwoordiger de dit voordeel mede beschermende actie toekomt."

persoon ofwel een belang ofwel een bevoegdheid toekomt. Niet in alle gevallen behoeft een bevoegdheid zijn weerslag te krijgen in een subjectief recht. In de gevallen waarin geen subjectief wordt toegekend, blijven de rechtens toegekende bevoegdheden ten aanzien van andermans goed zweven; van een volledig of een beperkt recht is dan immers geen sprake.<sup>50</sup> De wet vormt dan de grondslag en het kader voor het ontstaan en de uitoefening van die losse 'zwevende' bevoegdheden, die nog op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk zullen langskomen. En aangezien hier sprake is van een wettelijke grondslag, dringt zich opnieuw de idee van de numerus clausus op.

### *7.3.6 Het begrip vermogensrecht in art. 3:6 BW*

Het begrip vermogensrecht, dat een species is van het genus subjectief recht, wordt in de wet omschreven in art. 3:6 BW, dat luidt: 'Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.' De vatbaarheid voor overdracht van een bevoegdheid is dus medebepalend voor de kwalificatie van die bevoegdheid als vermogensrecht.<sup>51</sup> Dit heeft de vraag doen rijzen of niet - andersom - de kwalificatie als vermogensrecht bepalend zou moeten zijn voor de overdraagbaarheid.<sup>52</sup> In de memorie is de betekenis van art. 3:6 BW nader uitgewerkt:

"Al verzet de aard van sommige vermogensrechten zich tegen overdraagbaarheid, dit weersprekt geenszins de juistheid van de opzet dat alle wel overdraagbare rechten als vermogensrechten, als goederen in de zin van het wetboek, zijn te beschouwen. ( ) Verduidelijkt is dat het artikel niet pretendeert een definitie van vermogensrechten te geven, in de zin van een uitputtende omschrijving van die rechten. Het stelt slechts vast dat de rechten die onder een of meer der hier aange-

---

50 Zie een voetnoot van Meijers bij een opsomming van eigenaarsbevoegdheden, a w p 144 "De kwestie of deze bevoegdheden, als zij buiten het eigendomsrecht geplaatst dienen te worden, als bevoegdheden zonder meer of als subjektieve rechten aangemerkt worden, is hierboven bl. 85 en vlg. besproken."

51 Aldus TM bij art. 3:6, PG 3, p. 89 "Voor het zijn van vermogensrecht wordt in de eerste plaats gelet op de mogelijkheid van overdracht van het recht."

52 VV II bij art. 3:6 (d d 22 oktober 1958), PG 3, p. 90. "Enige andere leden vroegen zich af, of het wel juist kan zijn de overdraagbaarheid tot criterium te maken voor het bestempelen van een recht als vermogensrecht, daar huns inziens uit de aard van het vermogensrecht moet worden afgeleid, of van overdraagbaarheid sprake is, niet omgekeerd."

duide categorieën vallen, als vermogensrechten in de zin van het nieuwe wetboek, dus als goederen, worden aangemerkt."<sup>53</sup>

De omschrijving van het begrip vermogensrecht is dus volgens de wetgever niet limitatief.

Is hiermee de kurk van de fles gegaan? Werd hier de doos van Pandora, of althans het gesloten systeem, geopend? In ieder geval is art. 3:6 BW naast art. 3:83 lid 3 BW een aanknopingspunt gaan vormen voor het debat over de erkenning van nieuwe typen rechten, zoals domeinnamen. In § 2.5.3 is al uitvoerig aandacht besteed aan het standpunt van W. Snijders dat het gesloten systeem alleen de in de boeken 3 en 5 BW zijn geregelde beperkte rechten omvat; meer algemeen zou van een gesloten stelsel van absolute rechten geen sprake zijn. Ter onderbouwing van zijn standpunt doet Snijders ook een beroep op de tekst en de ontstaansgeschiedenis van art. 3:6 BW, in het bijzonder de bedoelingen van Meijers:

"Art. 3:6 is ook door Meijers zelf slechts summier toegelicht. Men kan uit die toelichting opmaken dat men eerst moet uitmaken of sprake is van een 'subjectief recht' om dan vervolgens aan de hand van het artikel vast te stellen of dit recht een vermogensrecht is. In een nootje staat dat wat een 'subjectief recht' is, in het ontwerp niet wordt gedefinieerd, evenmin als dat in andere wetboeken het geval is. Meijers is kennelijk ervan uitgegaan dat ter zake van de vraag of iets een subjectief recht is, een grote mate van vrijheid bestaat. Hij verwijst hier naar zijn eigen Algemene begrippen van het burgerlijk recht (1947). Wat hij daar zegt (p. 86, 90, 286, 276), komt erop neer dat hier geen scherpe onderscheidingen zijn te maken en dat alles een kwestie is van doelmatige ordening (p. 90). Die ordening heeft hij blijkbaar aan de praktijk willen overlaten. Geen spoor van een eis van een wettelijke grondslag voor absolute rechten."<sup>54</sup>

Op basis van de beschrijving in de voorgaande paragrafen moet worden betwijfeld of hiermee een adequate weergave van het gedachtegoed van Meijers is gegeven. Naar mijn indruk legde Meijers een groter accent op de wet dan hier wordt gesuggereerd. Zijn algemene rechtsleer impliceert een bevoegdheid en een taak voor de wetgever, en wellicht ook voor een rechter, om doelmatige keuzen te maken bij de vormgeving van een bevoegdheid als een subjectief recht of niet. Bij de beoordeling of sprake is van een subjectief recht bestaat in het denken van Meijers geen algehele vrijheid; uit de formulering van een normaaltype, en ook uit de erkenning van het bestaan van onvolkomen gevallen, spreekt juist een typengebondenheid. Dit betekent naar mijn indruk dat voor de erkenning van nieuwe

53 MvA II bij art. 3:6 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 91.

54 W. Snijders, Ongeregelheden in het vermogensrecht, WPNR 6607 en 6608 (2005), § 4, p. 81

bevoegdheden als subjectief recht volgens Meijers het primaat bij de wetgever, en wellicht de rechter, ligt. Van een vrijheid voor 'de praktijk' om zelf doelmatig te gaan ordenen en nieuwe typen subjectieve vermogensrechten in het leven te roepen kan dan geen sprake zijn. In ieder geval wordt de algemene rechtsleer van Meijers naar mijn mening geen recht gedaan wanneer uit art. 3:6 BW wordt afgeleid dat in het Nederlandse recht een open systeem van vermogensrechten bestaat.

## **7.4 Fiduciaire eigendom tot zekerheid**

Fiduciaire verhoudingen leveren steeds een splitsing van recht en belang op. Dit geldt ook voor de fiduciaire overdracht tot zekerheid; weliswaar heeft de schuldeiser een eigen belang bij de verkrijging van de fiduciaire eigendom, maar als fiduciair eigenaar is hij tegelijkertijd te beschouwen als beheerder van het overgedragen goed ten behoeve van de schuldeenaar. De fiduciair vervreemder behoudt dus een belang bij dat goed, terwijl hij zijn recht heeft prijsgegeven. In de analyse van Meijers is dan sprake van een onvolkomen geval. Om het in de wet te regelen, moet de wetgever keuzes maken op basis van doelmatigheid.

In deze paragraaf wordt eerst geanalyseerd hoe de fiduciaire eigendom tot zekerheid in de rechtspraak is vormgegeven. Daarna volgt een analyse van de beschouwingen over de fiducia cum creditore in de algemene begrippen van Meijers. In § 7.4.3 wordt geanalyseerd hoe het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW is toegepast in de rechtspraak en hoe deze toepassingen zich verhouden tot de ideeën van Meijers. Daarbij komen ook enige latere beschouwingen van de wetgever over het fiduciaverbod ter sprake.

### *7.4.1 Ontstaan en vormgeving in de rechtspraak*

De rechtsgeldigheid van de fiduciaire overdracht van de eigendom van roerende zaken is door de Hoge Raad aanvaard in het Bierbrouwerij-arrest uit 1929, dat in § 2.3.5 uitvoerig is beschreven en geciteerd. Nadat groen licht was gegeven aan de fiduciaire overdracht van roerende zaken, is ook de fiduciaire cessie van vorderingsrechten tot zekerheid in zwang geraakt.<sup>55</sup> Zo werd tegemoet gekomen aan de behoefte aan nieuwe moge-

---

55 In geen enkel arrest is door de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald dat een fiduciaire cessie van vorderingen tot zekerheid rechtsgeldig is, maar dit placht in de literatuur alom te worden aangenomen. Zie o.a. Asser-Mijnssen-Van Velten 3-III, Zekerheidsrechten, 11<sup>e</sup> druk 1986, nr. 189; A.I.M. van Mierlo, Van zekerheidsoverdrachten, de dingen die voorbij gaan (en daarvoor in de plaats komen!), WPNR 6030 (1991), p. 887.

lijkheden tot verschaffing van zekerheid. In het oude BW was immers voor de verpanding van vorderingen krachtens art. 1199 mededeling aan de debiteur van de verpande vorderingen vereist, maar voor cessie krachtens art. 668 niet.<sup>56</sup> Het administratieve gemak van de cessie, maar ook het verlangen om kredietbehoeften en in verband daarmee zekerheidsverlening verborgen te houden voor enerzijds de debiteur en anderzijds de andere crediteuren, hebben geleid tot grootschalig gebruik van de fiduciaire cessie tot zekerheid. De motieven voor fiduciaire cessie zijn dus van andere aard geweest dan het motief voor de fiduciaire overdracht van roerende zaken. De voor verpanding van een roerende zaak krachtens art. 1198 Oud BW vereiste verschaffing van feitelijke macht maakte het noodzakelijk, niet slechts gewenst, om gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheid om eigendom over te dragen. Van deze praktische noodzaak was ten aanzien van vorderingen in veel mindere mate sprake.<sup>57</sup> Aan dit gegeven had een argument kunnen worden ontleend voor de stelling dat een fiduciaire cessie, anders dan een fiduciaire overdracht van roerende zaken, rechtsgeldigheid moest ontberen.

Doordat de zekerheidsoverdracht van goederen in de rechtspraak tot ontwikkeling is gebracht, ontbrak een specifiek wettelijk kader dat de trekken ervan vastlegde; wettelijk ging het slechts om overdracht. In de rechtspraak is een prototype van de fiduciaire zekerheidsoverdracht tot ontwikkeling gebracht, waarvan in sommige opzichten weliswaar door partijen kon worden afgeweken, maar dat toch in belangrijke mate maatgevend is geweest.<sup>58</sup> Bij de ontleding van dit prototype springen drie elementen in het oog, die alle met splitsing in verband zijn gebracht: de levering c.p., onder een ontbindende voorwaarde, met inperking van de rechtspositie van de fiduciair verkrijger ten gunste van de belanghebbende vervreemder.

---

56 Zie voor een vergelijking van het oude en het nieuwe Nederlandse recht met het Franse recht op dit punt mijn rapport *Capitant: Problèmes actuels des sûretés réelles mobilières aux Pays-Bas*, in: *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XLVII (1996), 1998, p. 253-272.

57 Voor de verschaffing van zekerheid op toekomstige vorderingen maakte de fiduciaire eigendomsoverdracht wel verschil. Doordat voor cessie geen mededeling aan de debiteuren van de te cederen vorderingen behoefde te worden gedaan, stonden de wettelijke formaliteiten niet in de weg aan een alomvattende cessie bij voorbaat van alle toekomstige vorderingen. Al snel ontstond een correctiemechanisme: het toenemende gebruik van de fiduciaire cessie van vorderingen op grote schaal ging gepaard met een jurisprudentiele beperking van de mogelijkheid om over toekomstige vorderingen te beschikken, in het bijzonder in HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 (Fijn van Draat q.q.).

58 S.C.J.J. Kortmann, AAe 43 (1994), p. 745, noot bij HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.), spreekt op p. 749 van een 'normaalttype'.

De levering c.p. staat aan de basis van de ontwikkeling van de fiduciaire overdracht van roerende zaken tot zekerheid van terugbetaling van een door de verkrijger verstrekte lening. De levering zonder machtsverschaffing was een noodzakelijk alternatief voor de vestiging van een vuistpandrecht. Vanwege het zekerheidskarakter van de transactie is de tendens van relativering van de levering c.p. ten opzichte van ouder gerechtigden juist in het kader van de fiduciaire eigendomsoverdracht ingezet.<sup>59</sup> De relativering van de levering c.p. leidt tot niet-tegenwerpelijheid van het verkregen eigendomsrecht jegens sommige andere crediteuren van de vervreemder.<sup>60</sup> Deze relativering is door sommigen aangemerkt als een vorm van splitsing.<sup>61</sup> Deze analyse is echter moeilijk houdbaar. De essentie van alle vormen van relativering van de werking van de levering is dat de ouder gerechtigde de aanspraken van een ander geheel kan negeren; er is geen sprake van naast elkaar bestaande rechten met betrekking tot hetzelfde goed. De relativering van de levering c.p. is dus geen splitsing zoals bedoeld in dit hoofdstuk.<sup>62</sup>

In het zekerheidskarakter van de fiducia cum creditore ligt besloten dat het de bedoeling van partijen is om bij normale afwikkeling van de financieringstransactie de eigendom van de overgedragen zaken en het recht tot de gecedeerde vorderingen en hun opbrengst uiteindelijk te laten terugkeren in het vermogen van de vervreemder. Pas laat in het bestaan van deze rechtsfiguur is in de rechtspraak aan deze veronderstelde intentie van partijen vorm gegeven. In het arrest Ontvanger/Schriks q.q. uit 1980 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij het tenietgaan van de schuld waarvoor vorderingen tot zekerheid zijn gecedeerd, de zekerheidscessie in beginsel niet teniet gaat van rechtswege, maar dat kan worden aangenomen dat de zekerheidsovereenkomst een ontbindende voorwaarde bevat die leidt tot terugkeer van de gecedeerde vorderingen aan de ce-

---

59 Zie vooral HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91, AAe (1975) p. 619 (Van Gend & Loos).

60 Zie de relativering van een levering c.p. in de zin van art. 3:115 sub a BW van een roerende zaak jegens een ouder gerechtigde jegens ten eerste degenen met een ouder beperkt recht of een ouder voorrecht op de c.p. geleverde zaak krachtens art. 3:90 lid 2 BW, ten tweede degenen aan wie een toekomstige zaak reeds krachtens een eerdere levering bij voorbaat is geleverd krachtens art. 3:97 lid 2 BW, ten derde de relativering van de levering c.p. jegens een ouder beslag op de roerende zaak krachtens art. 453a Rv, en ten vierde de relativering krachtens art. 7:42 lid 1 BW jegens een verkoper die de bevoegdheid heeft zich op het recht van reclame te beroepen. Zie verder de relativering van een levering jegens een ouder beslag krachtens art. 475h lid 1 Rv en art. 505 lid 2 Rv en in het kader van de actio pauliana op grond van art. 3:45 lid 4 BW.

61 Zo o.a. J.J. van Hees, *Leasing*, diss. KUN, 1997, in § 3.3.6, p. 78-79 en 113.

62 Zo ook S.C.J.J. Kortmann, AAe 43 (1994) 2, p. 104, noot onder HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658 (ABN Amro/Ontvanger), op p. 108-109.

dent.<sup>63</sup> De levering aan de financier onder ontbindende voorwaarde van volledige terugbetaling van het verstrekte krediet brengt opnieuw de onsplitsbaarheid in beeld. In hoeverre derhalve gesproken moet worden van splitsing, hangt af van het gewicht dat wordt toegekend aan de onherroepelijkheid van de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde en van de inkleding van de rechtspositie van degene die onder ontbindende voorwaarde heeft geleverd, zoals nader aan de orde komt in § 7.7.

De rechtspositie van de fiduciair vervreemder leidt naar het derde element van de constructie van de fiduciaire eigendom tot zekerheid, namelijk de afbakening en de inperking van de rechtspositie van de fiduciair verkrijger. Aangezien de overdracht van zaken of vorderingen strekt tot verschaffing van zekerheid aan de verkrijger, is zijn rechtspositie in sommige opzichten gelijk gesteld met die van een zekerheidsgerechtigde zoals een pandhouder. De basis voor deze gelijkstelling van zekerheidseigendom met een pandrecht is door de Hoge Raad in 1941 gelegd in het arrest Boerenleenbank Hazerswoude/Los:

"Dat toch een vermogensbestanddeel, dat, na overdracht uit het vermogen van den schuldenaar in het vermogen van den schuldeischer, bestemd is om een ander deel van dit laatste vermogen - de ondanks die overdracht bestaan gebleven vordering - te waarborgen en om eventueel na verzilvering van zijn waarde die vordering te bevredigen, dezelfde functie vervult als een aan den schuldeischer door den schuldenaar in onderpand gegeven goed en redelijkerwijs op dezelfde wijze als zoodanig onderpand behandeld moet worden bij de afweging van de belangen, ter gelegenheid van den samenloop van crediteuren bij faillissement of surséance van betaling, van den gewaarborgden schuldeischer tegenover die van de concurrente crediteuren,

O dat uit een en ander volgt, dat op goederen door den schuldenaar zelf tot zekerheid in eigendom overgedragen, voor zoover mogelijk toepasselijk zijn de bepalingen van de Faillissementswet omtrent door den schuldenaar in hypotheek of pand gegeven goed,"<sup>64</sup>

- 
- 63 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 m nt WMK (Ontvanger/Schriks q q ) ten aanzien van fiduciaire overdracht van roerende zaken, HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m nt WMK (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q q ) en reeds eerder Hof 's-Hertogenbosch, te kennen uit HR 29 april 1977, NJ 1980, 188, ten aanzien van fiduciaire cessie van vorderingen. Overigens had de vervulling van een voorwaarde naar het destijds geldende recht terugwerkende kracht. Nader hierover o.a. O.K. Brahn, Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, 6<sup>e</sup> druk 1988, § 7.1.
- 64 HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m nt PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los). Zie later o.a. HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier) "dat immers de rechtsgevolgen van een zekerheidsoverdracht ( ) invloed ondergaan van de wetbepalingen betreffende de zakelijke zekerheidsrechten", herhaald in HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos), en HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m nt WMK (Sogelease), r o 342



In dit arrest bracht de gelijkschakeling mee dat de zekerheidseigenaar zijn voorrang krachtens art. 257 lid 2 Fw. verloor, indien hij zijn vordering bij de bewindvoerder in een surseance indiende.<sup>65</sup> Uit het arrest Van Gend & Loos uit 1975 blijkt dat de zekerheidseigenaar weliswaar op de voet van art. 57 Fw. separatist was, maar ook eventueel hoger gerangschikte voorrechten voor moest laten gaan.<sup>66</sup> Aangenomen werd dat de gelijkschakeling ook meebracht dat het toeëigeningsverbod van toepassing was. In verband hiermee gold de verplichting tot openbare verkoop van de tot zekerheid verkregen zaak, evenals de verplichting een eventueel overschot af te dragen aan de oorspronkelijk rechthebbende.<sup>67</sup> De gelijkschakeling stopt echter bij de accessoriteit van zekerheidsrechten; in 1994 is door de Hoge Raad beslist dat het fiduciaire eigendomsrecht bij overgang van de gesecureerde vordering niet als een afhankelijk recht van rechtswege mee overgaat.<sup>68</sup> Uit de aard van de fiduciaire eigendomsoverdracht vloeit blijkens een arrest uit 1991 bovendien voort dat niet tegelijkertijd een tweede zekerheidsrecht, tweede in rang, kan worden gevestigd, terwijl de beperkte zekerheidsrechten pand en hypotheek daartoe wel ruimte laten.<sup>69</sup> Zo heeft in de rechtspraak nu eens het accent gelegen op het zekerheidskarakter van de overdracht, dan weer op de eigendom die door de schuldeiser werd verkregen.<sup>70</sup>

65 Vgl. ook HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Klützow q.q.), r.o. 3.3.

66 HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos).

67 Zie o.a. Asser-Mijnssen 3-III, 11<sup>e</sup> druk 1986, no 186; O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, 6<sup>e</sup> druk 1988, § 7.8, p. 117. In HR 1 april 1927, NJ 1927, 601, was bepaald dat de wettelijke regel dat bij executie van een pandrecht de verkoop in het openbaar dient te geschieden, van openbare orde is.

68 HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.). Voordien werd in de literatuur door velen aangenomen dat het fiduciaire eigendomsrecht wel een afhankelijk recht was; zie o.a. J.R.H. Buining, *preadvies NJV 1956-I*, p. 93.

69 HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 m.nt. WMK (Veenendaal q.q./Hogeslag), met verwijzing naar HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit). In dit arrest uit 1960 nam de HR aan dat wanneer schuldenaar en schuldeiser overeenkomen dat een reeds plaatsgevonden hebbende overdracht tot zekerheid van een vordering mede zal strekken tot zekerheid van een andere schuld, een nieuwe overdracht niet is vereist. De opvatting dat een dubbele fiduciaire eigendomsoverdracht niet mogelijk was, is reeds te vinden bij Meijers, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, preadvies 1936, no. 35, afgedrukt in *Bibliographie Meijers*, op p. 272.

70 Zie reeds in 1936 de kritische kanttekening van Meijers in het preadvies, no. 39, op p. 274: "Dit spel herhaalt zich bij voortduring: al naar men een voorschrift wil toepassen of zich daarvan wil ontdoen, schuift men nu eens het begrip eigendom, dan weer het begrip pandrecht naar voren. Het aldus werken met een hoed met dubbelen bodem is goochelen, geen rechtstoepassing."

Of wat dit derde element van fiduciaire overdracht betreft - de inperking van de rechtspositie van de fiduciair verkrijger ten gunste van de belanghebbende vervreemder - sprake is van splitsing, hangt af van het gewicht dat wordt toegekend aan de gelijkschakeling van de positie van de fiduciaire eigenaar met die van een zekerheidsgerechtigde. Indien de fiduciaire eigendom wordt beschouwd als een derde type zekerheidsrecht naast de twee andere beperkte zekerheidsrechten pand en hypotheek, kan de zekerheidseigendom worden aangemerkt als een beperkt recht. Er is dan inderdaad sprake van splitsing zoals elke vorm van vestiging van een beperkt recht is aan te merken als een wettelijk erkende vorm van splitsing. Wordt daarentegen benadrukt dat wel degelijk eigendom is overgedragen en dat derhalve van een beperkt recht geen sprake is, zoals in sommige arresten uit de jaren '90 is overwogen<sup>71</sup>, dan verschijnt de splitsingsvraag in een andere gedaante: de versterking van de positie van de fiduciair vervreemder ten opzichte van de fiduciair eigenaar zou kunnen leiden tot de conclusie dat de eigenaarsbevoegdheden tussen hen zijn verdeeld. Er is dan sprake van een niet in de wet voorziene wijze van splitsing van de bundel eigenaarsbevoegdheden en verdeling van die gesplitste bevoegdheden over verschillende rechtssubjecten.

#### 7.4.2 *De algemene rechtsleer van Meijers*

Aan de overdracht van eigendom tot zekerheid is door Meijers veel aandacht besteed in zijn *Algemene begrippen* uit 1947. Juist in het kader van zijn uitvoerige beschouwingen over het subjectieve recht vormt de fiduciaire eigendom een voorbeeld ter onderbouwing van zijn stelling dat de overgang van rechthebbende tot houder voor een ander een geleidelijke

---

71 HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 m nt. WMK (Veenendaal q.q./Hogeslag), r.o. 3.5. "Een overdracht tot zekerheid verschilt nu eenmaal in diër voege van een pandrecht dat bij een zekerheidsoverdracht, anders dan bij een verpanding, het tot zekerheid dienende recht in zijn geheel aan de schuldeiser wordt overgedragen, zodat voor een tweede overdracht tot zekerheid geen plaats is (HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60).", in dezelfde bewoordingen HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658 m.nt. WMK (ABN Amro/Ontvanger), met verwijzing naar Veenendaal q.q./Hogeslag, vgl. HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.). "De opvatting dat zekerheidseigendom een accessoir karakter draagt (...) past slecht bij de aard van het eigendomsrecht - het recht van de schuldeiser aan wie een vorderingsrecht toebehoort daaronder begrepen - welke aard door een overdracht tot zekerheid niet verloren gaat, ook al worden de bevoegdheden van de verkrijger bij die overdracht in bepaalde opzichten beperkt." In dezelfde zin ten aanzien van het eigendomsvoorboud reeds MvA I Inv bij art 3 92 (d.d. 28 oktober 1988), PG Inv 3, p 1241, eerste alinea.

is. Hiermee bedoelt Meijers dat de rechtspositie van de vervreemder van eigendom tot zekerheid niet in alle rechtsstelsels dezelfde is:

"Doel van deze rechtsfiguur is de verschaffing van zekerheid zonder aan de beperkende voorschriften van het pandrecht gebonden te zijn. Zolang men hierbij de schuldeiser de volledige rechtspositie van een rechthebbende geeft, maar hem slechts verplicht om van zijn bevoegdheden gebruik te maken mede lettend op de belangen van de schuldenaar, is deze constructie inderdaad de meest aangewezen. Maar hoe meer men in deze rechtspositie wegens de belangen van de schuldenaar wijziging brengt, het goed buiten het faillissement van de schuldeiser laat blijven, diens schuldeisers geen verhaalsrecht op het goed toekent, de schuldenaar de bevoegdheid geeft in geval van lossing der schuld het goed ook van derden, die de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser kenden, te kunnen terugvorderen, hoe meer bestaat er grond om de schuldenaar en niet de schuldeiser als rechthebbende te beschouwen en laatstgenoemde met het oog op zijn executiebevoegdheden slechts een beperkt recht op de tot zekerheid verstrekte zaak toe te kennen."<sup>72</sup>

Naarmate de rechtspositie van de schuldenaar die zijn goed tot zekerheid heeft overgedragen, wordt versterkt, wordt de rechtspositie van de schuldeiser als eigenaar 'uitgekleed'. Wanneer de gewone regels inzake de vrije overdraagbaarheid en de vatbaarheid voor uitwinning door schuldeisers geheel of ten dele buiten toepassing blijven, kan de fiduciaire eigendom van de schuldeiser niet meer worden gezien als een normaal subjectief vermogensrecht. De fiduciaire eigendom is dan een onvolkomen geval geworden. Voor Meijers rijst dan direct de vraag of het wel doelmatig is om bij regeling in de wet het subjectieve recht toe te kennen aan de schuldeiser.

In het tweede deel van de Algemene begrippen komt Meijers terug op de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Daar beschrijft hij dat de schuldenaar die zijn goed tot zekerheid heeft overgedragen aan de schuldeiser in sommige rechtsstelsels slechts verbintenisrechtelijke aanspraken had jegens de schuldeiser, zodat voor het overgedragen eigendomsrecht van de schuldeiser 'geen beperking van zakenrechtelijke aard' gold. In de rechtsstelsels van Duitsland en Nederland zou men volgens Meijers echter niet met slechts obligatoire bescherming van de schuldenaar hebben willen volstaan:

"Men achtte de rechtspositie van de schuldenaar onvoldoende gewaarborgd, indien deze zijn aanspraken niet tegen derden verkrijgers, tegen beslagleggende schuldeisers of in het faillissement van de schuldeiser geldend kon maken. Gaat men om deze reden tot een zodanige meer absolute bescherming van de rechten van de schuldenaar over, dan valt Romeinsrechtelijk gedacht het aanvankelijk aan één persoon toekomend recht in twee zakelijke rechten uiteen, waarbij het hoofdrecht aan

de schuldeiser te beurt valt, de schuldenaar daarentegen niet meer dan een jus in re aliena of een voorwaardelijk zakelijk recht ten deel zou vallen. In een algemene rechtsleer wordt echter het onderscheid maken tussen twee zakelijke zekerheidsrechten, een pandrecht en een ook ten aanzien van derden beperkte eigendom, een dwaasheid. De bevoegdheden van schuldeiser en schuldenaar zijn bij beide constructies zo volkomen dezelfde en de verschillen, die men tussen beide nog maakt, zijn zozeer van ondergeschikte aard, dat, wanneer bijzondere wettelijke argumenten wegvallen, er geen enkele grond is om hier twee verschillende zekerheidsrechten van geheel verschillende constructie aan te nemen.<sup>73</sup>

Als sprake is van zakenrechtelijke beperkingen ten aanzien van het fiduciaire eigendomsrecht ter bescherming van de fiduciair vervreemder, komt dit in de redenering van Meijers neer op een beperkt zakelijk recht van de vervreemder. Dan is er geen onderscheid meer tussen een pandrecht voor de schuldeiser en een beperkt eigendomsrecht voor de schuldeiser.

Het is van belang om in gedachten te houden dat het Meijers in zijn beschouwingen over de algemene rechtsleer erom te doen was een deugdelijke dogmatische vorm te geven aan de rechtsfiguren die in de rechtspraktijk tot ontwikkeling waren gekomen. Na te hebben geconstateerd dat in de rechtspraktijk de fiduciaire eigendom tot zekerheid werd behandeld als een zekerheidsrecht en niet als een vrij eigendomsrecht, beveelt Meijers aan de vorm van het eigendomsrecht niet langer te gebruiken en bij de vormgeving van nieuwe wetten daarvoor in de plaats een passende vorm van een beperkt zekerheidsrecht te stellen.<sup>74</sup> Voor zover in de rechtspraktijk echter is beoogd een eigendomsrecht wel volledig over te dragen en dit recht daarom ook als een eigendomsrecht wordt behandeld zonder dat de overdraagbaarheid van de eigendom en de vatbaarheid voor verhaal door schuldeisers van de eigenaar in de wet of de rechtspraak is beperkt, is er ook volgens Meijers bij het opstellen van een nieuwe wet geen reden om deze rechtsfiguur niet ook als een eigendomsrecht

73 A.w., p. 284-286. Meijers concludeert dat de meeste andere rechtsstelsels van het laten voortbestaan van zekerheidseigendom naast het wettelijke pandrecht terecht niets willen weten.

74 Zie het vervolg op het citaat van p. 285: "In ieder geval het feit, dat aldus voor een gelijke verdeling der bevoegdheden twee geheel verschillende constructies in eenzelfde rechtsstelsel gegeven worden, doet duidelijk uitkomen, dat hier een vraag van ordening der concrete rechtsfeiten gegeven is, waarvoor beide constructies een oplossing geven en het slechts een kwestie der meest doelmatige ordening is, of men het volkomen recht aan de schuldeiser zal toekennen, beperkt door een zakelijk recht van de schuldenaar, dan wel omgekeerd het volkomen recht bij de schuldenaar zal laten en des schuldeisers bevoegdheden slechts als een beperkt zakelijk recht op eens anders zaak construeren."

dogmatisch vorm te geven.<sup>75</sup> Dan bestaat immers werkelijk onderscheid tussen de constructie op basis van een eigendomsrecht enerzijds en de constructie van een zekerheidsrecht anderzijds.

Het is opvallend dat de door Meijers beschreven versterking van de positie van de fiduciair vervreemder ten opzichte van de fiduciair verkrijger en de schuldeisers en de rechtsverkrijgers van de fiduciair verkrijger in de meeste opzichten in het Nederlandse recht destijds geen gestalte heeft gekregen.<sup>76</sup> Behalve de reeds beschreven gelijkschakeling van de positie van de zekerheidseigenaar met een beperkt zekerheidsgerechtigde wat betreft zijn bevoegdheden tot verhaal, is de positie van de belanghebbende nooit aan de orde geweest in de rechtspraak. De eveneens beschreven relativering van de fiduciaire eigendomsoverdracht betreft de verhouding van de zekerheidseigenaar tot de overige schuldeisers van de fiduciair vervreemder; de verhouding van de fiduciair vervreemder zelf tot de schuldeisers van de zekerheidseigenaar is nooit nader afgebakend. Er zijn mij geen gevallen bekend waarin tijdens een faillissement van een zekerheidseigenaar door zijn schuldeisers op de fiduciair verkregen eigendom van de gefailleerde verhaal is genomen. Ook overdracht van de tot zekerheid verkregen eigendom door de fiduciair eigenaar kwam kennelijk niet voor. Wellicht verklaart de constructie van de levering onder ontbindende voorwaarde van aflossing van de vordering waarvoor de zekerheid wordt verleend, het ontbreken van jurisprudentie in deze zin; de goederenrechtelijke werking die zowel naar oud als naar huidig recht aan de vervulling van de voorwaarde is verbonden, bood de fiduciair vervreemder immers bescherming in een faillissement van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde. Hier komt nog bij dat het in de financie-

---

75 A.w., p. 89. Deze lijn is doorgetrokken in MvA II bij art. 3.84 lid 3 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 319: komt de rechter "in een gegeven geval tot het oordeel dat er wèl een geldige overdracht is, omdat de titel aan de eisen voldoet, dan staat daarmee tevens vast dat het overgedragen goed aan de verkrijger toebehoort, dat slechts deze daarover kan beschikken en dat het goed evenals diens overige vermogen voor zijn schulden kan worden uitgewonnen."

76 Bij de bespreking van de aard van het recht van de fiduciair vervreemder, a.w., p. 276, lijkt Meijers ervan uit te gaan dat zijn recht in veel gevallen tegenwerpelijk is aan derden: "Ook de positie van hem, die fiduciair de eigendom overdraagt, wordt soms geschetst als die van een vorderingsgerechtigde. Echter wanneer dit recht ook door derden geëerbiedigd moet worden, beschouwen velen dit als een zakelijk recht (eigendomsrecht), hoogstens beperkt door het recht van de fiduciarius. Andere blijven daarin zien een vorderingsrecht, dat alleen dit bijzondere heeft, dat het ook tegen derden, die daarmee bekend zijn, kan ingeroepen worden. Ook hier leiden beide constructies tot in hoofdzaak gelijke resultaten." Zie uitvoeriger zijn preadvies, 1936, no. 26.

ringspraktijk vermoedelijk vooral banken waren die fiduciaire eigendom verkregen, banken plegen niet failliet te gaan

Aangezien twijfelachtig is of de door Meijers beschreven versterking van de rechtspositie van de fiduciair vervreemder een weerslag vond in het Nederlandse recht destijds, lijkt het te zijn gegaan om *wishful thinking* naar mijn mening kan uit de beschouwingen van Meijers worden afgeleid dat hij het wenselijk achtte dat de rechtspositie van de belanghebbende ten opzichte van de fiduciair eigenaar *cum suis* werd versterkt. In zijn ontwerp voor het BW heeft hij vervolgens voorzien in een vuistloze vorm van een beperkt zekerheidsrecht.<sup>77</sup> Daarnaast werd de fiduciaire overdracht uitdrukkelijk verboden. Zo bewerkstelligde Meijers een wettelijke verdeling van de bevoegdheden van de betrokkenen waarmee onderbedeling van de fiduciair vervreemder en overbedeling van de fiduciair verkrijger werden voorkomen. De term 'overbedeling' is in de Algemene begrippen van Meijers niet te vinden, maar dat verrast niet, want een dergelijke normatieve kwalificatie past niet goed in de gekozen opzet van de formulering van een algemene rechtsleer door doelmatige ordening van rechtsbegrippen.<sup>78</sup>

De overbedelingsgedachte is veel later wel tot uitdrukking gebracht door de wetgever ter rechtvaardiging van het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW.

De ratio van artikel [3:84] lid 3 ( ) ligt in de gedachte dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid voor een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt. Wanneer behoefte bestaat aan een zogenaamd bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken, dan behoort de wetgever een zodanige zekerheid toe te laten, maar ook niet meer dan dat. In deze gedachtengang is een bezitloos pandrecht op zijn plaats - in het gewijzigd

77 In het oorspronkelijke ontwerp was voorzien in een registerpandrecht, een generiek pandrecht op handelszaken, dat kon worden gevestigd zonder machtsverschaffing door middel van inschrijving in een openbaar register. De merites van het registerpandrecht waren door Meijers reeds in zijn preadvies uit 1936, no. 49-53, a.w., p. 282-285, besproken. Zie vervolgens de parlementaire beraadslagingen over Vraagpunt 6 (2846), PG 3, p. 792-805. Deze vorm van registerpandrecht is geschrapt in het Gewijzigd Ontwerp (d.d. 18 maart 1971), nadat daarop door velen grote kritiek was uitgeoefend in de preadviezen en de debatten tijdens de vergadering van de NJV in 1956 - zie met name C.Æ. Uniken Venema en J.R.H. Buining, preadvies NJV 1956-I, p. 20 e.v. resp. 86-90, en M.H. Bregstein en F.J.W. Lowensteyn, Hand. NJV 1956-II, p. 56 resp. 57-59. Zie over de voor- en nadelen van het registerpandrecht VV II bij titel 3:9 (d.d. 22 oktober 1958), sub 3, PG 3, p. 723-724, en over de redenen voor schrapping verder W. Snijders, Bezitloze zekerheid op roerende zaken, in: Honderd jaar rechtsleven, 1970, p. 25 e.v.

78 Deze benaderingswijze maakt De Algemene Begrippen moeilijk te lezen. Het werk komt beter tot zijn recht wanneer de beschouwingen als een normatieve aanbeveling worden geïnterpreteerd.

ontwerp: te vestigen bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte - maar niet een eigendomsoverdracht tot zekerheid, die immers de crediteur niet alleen verhaal en voorrang geeft, maar hem ook tot eigenaar maakt.<sup>79</sup>

Ook tegenwoordig wordt alom erkend dat een overdracht tot zekerheid leidt tot overbedeling van bevoegdheden aan de schuldeiser.<sup>80</sup> Het voorkomen van overbedeling is een van de aspecten van de ratio voor het fiduciaverbod. Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat het Meijers vooral te doen was om bescherming van de schuldenaar door versterking van zijn positie ten opzichte van de schuldeiser en zijn schuldeisers; het gaat vooral om het voorkomen van onderbedeling van rechten en bevoegdheden aan de schuldenaar. Niet dogmatische zuiverheid, maar de rechtspolitieke wens om de fiduciaire vervreemder beter te beschermen vormt een kernelement van de rechtvaardiging van Meijers voor het fiduciaverbod.<sup>81</sup>

---

79 MvA II bij art. 3:91 en 92 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 388. Vgl. TM bij art. 3:84 (1954), PG 3, p. 317: "Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen."

80 Zie o.a. Asser-Beekhuis 3-I, 11<sup>e</sup> druk 1985, nr. 628, gehandhaafd door Mijnsen in Asser-Mijnsen 3-I, 12<sup>e</sup> druk 1992, nr. 539 ("De genoemde voorbeelden van fiduciaire verhoudingen worden alle gekenmerkt door een zekere overbedeling van recht aan de zijde van de vertrouwensman (fiduciarius). Deze krijgt meer bevoegdheden dan, gezien het gevolg, dat partijen op het oog hebben noodzakelijk zou zijn. Dat men tot een dergelijke overbedeling zijn toevlucht heeft genomen, is een gevolg van het feit, dat een rechtsfiguur, die een zuiverder weergave zou vormen van de door partijen bedoelde verhoudingen, in het recht ontbrak."), en door Van Dam in Asser-Mijnsen 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nrs. 468 en 469 ("In beide gevallen vond een overbedeling plaats van de verkrijger van de goederen: bij de fiducia cum amico in het belang van de fiduciant en bij de fiducia cum creditore in het belang van de fiduciarius."). Zie eerder G. de Grooth, *Uitbreiding bewind of invoering van een Nederlands trustrecht en het ontwerp-Meijers*, RM Themis 1956, p. 241-304, op p. 251: "In beide casus posities wordt aan de verkrijger een grotere rechtsmacht toegekend dan voor het gestelde doel gerechtvaardigd en nodig is, en in beide gevallen ontstaat mitsdien een discrepantie tussen hetgeen de creditor of amicus vermag en wat hij naar de bedoeling van partijen mag."

81 Een ander element betrof het risico van frauduleuze onttrekking van vermogen aan verhaal door schuldeisers door middel van een eenvoudige geantedateerde schijnakte van overdracht aan een bevriende partij. Deze maatschappelijke misstand is uitvoerig belicht in het preadvies van Meijers uit 1936. Bij dit aspect van de ratio gaat het niet zozeer om bescherming van de fiduciair vervreemder als wel om bescherming van zijn schuldeisers. Zie hierover A.F. Salomons, *Op de bres voor het fiducia-verbod - Ofwel: Meijers als kampioen der concurrent crediteuren*, NJB 1994, afl. 37, p. 1261-1266.

### 7.4.3 De interpretatie van het verbod van fiduciaire overdracht cum creditore

In art. 3:84 lid 3 BW wordt de rechtshandeling 'die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen' aangemerkt als een ongeldige titel van overdracht van dat goed. Beoogd is om hiermee ongeoorloofde wijzen van splitsing te voorkomen.<sup>82</sup> Dit fiduciairverbod heeft nader gestalte gekregen in twee arresten van de Hoge Raad. Met name het Sogelease-arrest is in de literatuur al zeer uitvoerig van commentaar voorzien. Daarom wordt hier een specifieke invalshoek gekozen, namelijk de algemene rechtsleer van Meijers.

#### 7.4.3.1 Het Sogelease-arrest

De reikwijdte van het fiduciairverbod in art. 3:84 lid 3 BW is door de Hoge Raad afgebakend in het reeds verschillende keren geciteerde arrest Sogelease.<sup>83</sup> In het geding was de geldigheid van een sale-and-leaseback transactie, die in sommige opzichten vergelijkbaar is met een overdracht tot zekerheid. In beide gevallen gaat het om een overdracht aan een financier in het kader van een kredietovereenkomst door middel van een levering c.p., maar van een ontbindende voorwaarde is bij een sale-and-leaseback meestal geen sprake, aangezien de lease-back het karakter van een huurovereenkomst met koopoptie dan wel een huurkoopovereenkomst heeft. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.4.3 van zijn uitvoerige arrest, dat de maatstaf voor toepassing van art. 3:84 lid 3, voor wat betreft het element "die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid", moet worden gezocht

"in het antwoord op de vraag of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diër voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzicht van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van een zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeigening uitsluit (vgl. art. 3:235). Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te

82 Zie uitdrukkelijk MvA II bij art. 3:84 lid 3 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 319: "Aldus keert het lid zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een 'overdracht' op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten."

83 HR 19 mei 1995, ZC1735, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Sogelease)



bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van een (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek. Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot 'werkelijke overdracht' (in geval van een zaak: eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt - dan staat art. 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg."

De Hoge Raad beschrijft vervolgens een aantal omstandigheden en bedingen die niet in de weg staan aan de conclusie dat sprake is van 'werkelijke overdracht'. Geen probleem is een beding dat aan de vervreemder een recht tot gebruik van de overgedragen zaak toekent, mits de verkrijger in geval van wanprestatie door de vervreemder het gebruik kan beëindigen door over te gaan tot ontbinding van de gebruiksovereenkomst, zodat hij weer vrijen volledig over de aan hem overgedragen zaak kan beschikken. Ook geen probleem is de omstandigheid dat de overdracht plaatsvindt in verband met de verstrekking van krediet. Verder is een beding dat het onderhoud en het risico voor de overgedragen zaak voor rekening van de vervreemder komen, volgens de Hoge Raad geen reden om aan te nemen dat geen werkelijke overdracht is beoogd.

Duidelijk is dat al dergelijke bedingen ertoe strekken om de positie te regelen van de belanghebbende, die zijn rechten tot zekerheid heeft overgedragen met de bedoeling die rechten ooit weer terug te krijgen en ze tussentijds te kunnen blijven gebruiken. De Hoge Raad heeft in het licht van art. 3:84 lid 3 BW vrijwel geen moeite met dergelijke afspraken ten aanzien van de positie van de belanghebbende, mits de bedongen rechten en plichten van zuiver verbintenisrechtelijke aard zijn.<sup>84</sup> Zodra de bedingen echter zouden strekken tot versterking van de positie van de belanghebbende ten opzichte van de fiduciair eigenaar, bijvoorbeeld door de verhaalsbevoegdheden van de eigenaar te reguleren, dreigt nietigheid van de transactie op grond van art. 3:84 lid 3 BW. Een ander voorbeeld van een dergelijk vernietigend beding is vermoedelijk een ontbindende voorwaarde van aflossing van de schuld in de levering aan de fiduciarius.

---

84 Zie ook nog r.o. 3.6 ten aanzien van het slot van lid 3 van art. 3:84 BW: "Deze maatstaf (...) verzet zich niet tegen een regeling waarbij een partij de volledige eigendom heeft, en de andere partij louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft, zoals een persoonlijk gebruiksrecht, een persoonlijke verplichting de leasetermijnen te betalen, alsmede een optie de zaken aan het eind van de leaseperiode in eigendom te verkrijgen. Dat deze optie zo is ingekleed, dat zij in de praktijk wel steeds zal worden uitgeoefend, doet daaraan niet af."

### 7.4.3.2 Sogelease gezien door de bril van Meijers

De opzet van de beschouwingen in dit hoofdstuk nodigt ertoe uit om Sogelease-arrest te beoordelen in het licht van de door Meijers geformuleerde algemene rechtsleer. Meijers stelt uitdrukkelijk dat de constructie van eigendomsoverdracht 'de meest aangewezen' is, ondanks het oogmerk van verschaffing van zekerheid, "zolang men hierbij de schuldeiser de volledige rechtspositie van een rechthebbende geeft, maar hem slechts verplicht om van zijn bevoegdheden gebruik te maken mede lettend op de belangen van de schuldenaar".<sup>85</sup> De handhaving van de constructie van eigendomsoverdracht ter verschaffing van zekerheid naast de constructie van de vestiging van een zekerheidsrecht is dan goed verdedigbaar, aangezien er dan werkelijk praktische verschillen tussen de twee constructies bestaan. Zo gezien lijkt de Hoge Raad bij het wijzen van het arrest inzake Sogelease nauwkeurig te hebben gelezen in de Algemene begrippen van Meijers. Door te oordelen dat obligatoire beperkingen van de bevoegdheden die de verkrijger aan zijn eigendomsrecht kan ontnemen, geen belemmering vormen, vult de Hoge Raad enkel in wat de betekenis is van 'werkelijke overdracht'. Alleen goederenrechtelijke beperkingen, zoals een - zakelijk werkend - toeëigeningsverbod, zouden onverenigbaar zijn met de 'werkelijke eigendom' van de schuldeiser. Het Sogelease-arrest lijkt dus geheel in de lijn van de door Meijers geformuleerde algemene rechtsleer te passen.

Toch is de motivering van het arrest problematisch, omdat de redenering van Meijers zich niet voor toepassing op deze wijze leent. Opnieuw moet voor ogen worden gehouden wat de insteek was van de algemene rechtsleer van Meijers: op basis van het recht zoals dat in het maatschappelijk verkeer was gegroeid, deed hij aanbevelingen voor een doelmatige ordening van begrippen in geval het recht in een nieuwe wet werd opgetekend. In de redenering van Meijers staat het geldende recht voorop; vervolgens verbindt hij daaraan een conclusie voor de erkenning van een subjectief recht in een of andere vorm. In concreto: als het zo is dat in een rechtsstelsel de rechtspositie van de verkrijger na overdracht van eigendom tot zekerheid slechts obligatoir wordt beperkt maar niet zakenrechtelijk is ingesnoerd, dan is het doelmatig om hem een subjectief recht toe te kennen in de vorm van een eigendomsrecht. Indien echter wel beperkingen van goederenrechtelijke aard gelden, zodanig dat bijvoorbeeld schuldeisers van de verkrijger geen beslag kunnen leggen op het overgedragen goed of het goed buiten een faillissement van de rechthebbende

---

85 A.w., p. 89.

blijft, dan is zijn eigendomsrecht zodanig uitgekleeft, dat het doelmatiger is om aan de vervreemder een beperkt zakelijk recht toe te kennen, of - beter nog - het met een zekerheidsrecht van de schuldeiser bezwaard eigendomsrecht.

Zoals in het voorgaande uiteen is gezet, ging in de beschrijving van het geldende recht echter ook een element van het door Meijers gewenste recht schuil: naar zijn kennelijke mening, en later die van de wetgever meer in het algemeen, verdiende de schuldenaar die een goed overdraagt aan zijn schuldeiser meer bescherming dan een eigendomsrecht toeliet, zowel in de verhouding tot zijn schuldeiser zelf, die de verkregen eigendom kan overdragen aan derden, als in de verhouding tot schuldeisers van zijn schuldeiser, die op de overgedragen eigendom beslag zouden kunnen leggen, en belanghebbenden bij de huwelijksgemeenschap van de verkrijger waarin de overgedragen eigendom valt. Als de hypothese dat Meijers en in zijn kielzog de wetgever een dergelijke verregaande bescherming van de schuldenaar wensten, juist is, dan volgt daaruit dat Meijers tenminste vond dat het toeëigeningsverbod en allerlei andere regels die de rechtspositie van de schuldeiser als fiduciair eigenaar goederenrechtelijk beperken, van toepassing moesten zijn. Meer nog betekent deze rechtspolitieke keuze dat ook een 'werkelijke overdracht', waarbij de positie van de verkrijger slechts obligatoir is ingesnoerd, geen genade kon vinden indien de 'werkelijke' overdracht de verschaffing van zekerheid tot doel had. Met het fiduciaverbod is dus beoogd elke vorm van eigendomsoverdracht tot zekerheid te voorkomen, ook die waarbij aan de schuldeiser 'werkelijke eigendom' is toegekend.

Indien de Hoge Raad heeft bedoeld aan te haken bij Meijers' analyse van de algemene rechtsleer, heeft hij miskend dat de wetgever juist afstand heeft willen nemen van slechts obligatoir ingeperkte fiduciaire eigendom in het kader van zekerheidsverschaffing. De Hoge Raad lijkt er vanuit te zijn gegaan dat het fiduciaverbod niet aan 'werkelijke overdracht' in de context van zekerheidsverschaffing in de weg staat, maar alleen aan 'goederenrechtelijk ingeperkte' eigendom, omdat dan sprake zou zijn van een ongeoorloofde imitatie van het in de wet geregelde, inhoudelijk identieke pandrecht. Waarschijnlijker is echter dat Meijers een verderstrekkend verbod heeft beoogd; het ging hem niet slechts om begripsmatige doelmatigheid door goederenrechtelijk beperkte eigendom in de wet te regelen in de inhoudelijk identieke vorm van een pandrecht, maar ook om een principiële rechtspolitieke keuze ter bescherming van de schuldenaar tegen onderbedeling van rechten en bevoegdheden.

### 7.4.3.3 Het motief van zekerheidsverschaffing

Voor de motivering van het Sogelease-arrest betekenen deze bevindingen dat de Hoge Raad ten onrechte het motief van zekerheidsverschaffing uitdrukkelijk buiten beschouwing heeft gelaten. Gezien de wens tot bescherming van de schuldenaar bij zekerheidsverschaffing, heeft Meijers bedoeld dat elke vorm van overdracht nietig zou zijn, of nu sprake is van 'werkelijke overdracht' dan wel van goederenrechtelijk beperkte eigendom, bijvoorbeeld door middel van een bij de overdracht bedongen toeëigeningsverbod of ontbindende voorwaarde. Het Sogelease-arrest betekent dat alleen de goederenrechtelijk beperkte vorm nietig is. De 'werkelijke overdracht', ook wanneer die strekt tot verschaffing van zekerheid, is buiten schot geraakt en de reikwijdte van het fiduciaverbod beperkt.

Één van de consequenties van het arrest is dat getoetst moet gaan worden of sprake is van 'werkelijke overdracht'. In het Sogelease-arrest heeft de Hoge Raad hiervoor alleen één negatieve indicatie genoemd: een beding dat toeëigening door de verkrijger uitsluit zoals bedoeld in art. 3:235 BW, betekent dat geen werkelijke overdracht is beoogd. Verder heeft de Hoge Raad allerlei - eveneens potentieel negatieve - indicaties opgenoemd, en vervolgens afgeschreven, door te stellen dat ze geen rol spelen: obligatoire restricties van de rechtspositie van de verkrijger staan niet aan het oordeel 'werkelijke overdracht' in de weg.<sup>86</sup> Verder worden geen positieve indicaties in het Sogelease-arrest genoemd.

De Hoge Raad heeft ruim 10 jaar na Sogelease opnieuw de kans gekregen zich over het fiduciaverbod uit te laten. In een arrest van 18 november 2005 ging het om een overdracht van een aantal trekkers en opleggers aan BTL door een aantal vennootschappen in het kader van een sale and lease back-transactie. De waarde van de overgedragen zaken was echter ongeveer het dubbele van het bedrag dat door BTL aan de vennootschappen ter beschikking was gesteld. Nadat de vennootschappen in verzuim raakten met de betaling van de leasetermijnen en vervolgens werden geliquideerd, revindiceerde BTL de trekkers en de opleggers. Enkele daarvan waren verduisterd en de betrokkenen werden aangesproken tot betaling van schadevergoeding. Zij verweerden zich vervolgens met de stelling dat

86 F.M.J. Verstylen, recensie Asser 3-1, WPNR 6529 (2003), p. 350-51, wijst erop dat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat de overdracht de strekking moet hebben het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan, niet is beperkt tot *goederenrechtelijke* beperkingen. Hij ziet niet in waarom het fiduciaverbod "niet ook ziet op het voorkomen dat de bevoegdheden van de verkrijger *verbintenissenrechtelijk* op de aangegeven wijze worden beperkt", namelijk, in de woorden van de Hoge Raad, door de verkrijger te verplichten in geval van wanprestatie het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst te bevredigen

van een werkelijke overdracht geen sprake was geweest, aangezien slechts de verstrekking van zekerheid was beoogd. In de lagere instanties was geoordeeld dat sprake was van een nietige overdracht tot zekerheid, mede gezien de waardeverhouding van de overgedragen zaken.

De Hoge Raad oordeelde allereerst dat de toepassing van art. 3:84 lid 3 BW een kwestie is van uitleg van de overeenkomst die de titel voor overdracht vormt. Daarop is volgens de Hoge Raad gewoon de Haviltex-maatstaf van toepassing. Vervolgens oordeelt hij dat de omstandigheid dat de verkrijger profiteert van een forse overwaarde niet meer ter zake is voor de eigendomsvraag, indien sprake is van werkelijke overdracht als bedoeld in het Sogelease-arrest. Toch sauveert de Hoge Raad de benadering waarin de waardeverhouding een rol speelt:

"Dit betekent echter niet dat het hof in het kader van het onderzoek of sprake is van 'werkelijke overdracht' geen betekenis meer zou mogen toekennen aan de waarde van de beweerdelijk overgedragen zaken. Een wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van het overgedragen object kan bijdragen tot het oordeel dat partijen niet een 'werkelijke overdracht' hebben beoogd."<sup>87</sup>

Bij de beoordeling of partijen werkelijk overdracht hebben beoogd, mag dus rekening worden gehouden met de verhouding van de waarde van de overgedragen goederen en de hoogte van de vordering van de verkrijger op de vervreemder. Een disproportionele waardeverhouding zal in veel gevallen een belangrijke indicatie zijn voor het zekerheidskarakter van de overdracht. Het motief van zekerheidsverschaffing, dat in het Sogelease-arrest het lid hard op de neus kreeg, kan hiermee alsnog via een zijdeur ten tonele verschijnen. Het valt te verwachten dat dit criterium in de rechtspraak een grote rol gaat spelen. Het Sogelease-arrest biedt immers nauwelijks andere aanknopingspunten voor de beoordeling of sprake is van 'werkelijke overdracht'.

Overigens is ook in het Sogelease-arrest zelf een achterdeur opengelaten. Aan het slot van r.o. 3.4.4 overweegt de Hoge Raad dat "bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 vervatte regel voorzat" toch tot het oordeel kunnen leiden dat de overdracht ongeldig is. De Hoge Raad werkt hierbij niet uit waaraan moet worden gedacht. Later is door W. Snijders wel een indicatie gegeven:

"Er moet rekening mee worden gehouden dat eigendomsoverdracht tot zekerheid een hybridische figuur was, waarvan de werking door de rechtspraak onder het

---

87 HR 18 november 2005, NJ 2006, 151, JOR 2006/60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch (B.T.L. Lease/Van Summeren).

oude recht in sommige opzichten wel en in andere niet werd gerelativeerd. Deze dubbelzinnigheid heeft begrijpelijkerwijs tot formuleringen geleid, die spreken van overdracht van het tot zekerheid dienende goed "in zijn geheel". Ook afgezien daarvan kan een zekerheidsoverdracht neerkomen op een vermomd recht van pand of hypotheek met veronachtzaming van het daarvoor geldende toeigeningsverbod, in dier voege dat niet ontkend kan worden dat de strekking van de overdracht was dat het goed geheel in het vermogen van de verkrijger te laten vallen en dat de vreemder alleen obligatoire rechten zou overhouden. Met het oog op dit een en ander zijn in art. 3:84 lid 3 BW de woorden "over te dragen tot zekerheid" niet overbodig, waarmee strookt dat ook in het Sogelease-arrest (rov. 3.4, slot) de mogelijkheid van nietigheid van overdrachten van laatsbedoelde soort is opengelaten. Aldus is ook deze wijze van terugkeer naar de zekerheidsoverdracht oude stijl uitgesloten."<sup>88</sup>

Snijders wenst duidelijk ruimte te bieden om het motief van zekerheidsverschaffing te betrekken in de beoordeling of een eigendomsoverdracht nietig is op grond van het fiduciaverbod.

#### 7.4.3.4 De gevolgen voor de betrokken partijen

Ook in een ander opzicht geeft het Sogelease-arrest te denken over de gevolgen. De paradoxale consequentie van het Sogelease-arrest is dat het fiduciaverbod teweeg lijkt te brengen wat Meijers en in zijn kielzog de wetgever nu juist hebben beoogd te voorkomen: de bevoegdheden van de fiduciarius zijn totaal en absoluut, terwijl zijn recht zou moeten worden beperkt ten behoeve van de bescherming van de belanghebbende; de bevoegdheden van de belanghebbende worden gereduceerd tot persoonlijke rechten en plichten terwijl zijn aanspraken versterking verdienen, in het bijzonder ten opzichte van schuldeisers van de fiduciarius.<sup>89</sup> Het arrest

88 W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, p. 89.

89 In geval van een sale and lease back transactie is de verhouding tussen financier en kredietnemer enigszins verstoord doordat onzekerheid is gerezen over de vraag of de lessor na beëindiging van de lease-verhouding verplicht is de reeds betaalde lease-termijnen terug te betalen. Zo niet, dat wordt hij overbedeeld. S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, WPNR 6187 (1995), *Privaatrecht aktueel*, p. 456, spreken van een "overkill". Daarom bepleiten zij, in NJB 1995/27, p. 995 e.v., dat een verrekeningsplicht wordt aangenomen op één van de volgende gronden: analogie met de wettelijke regeling van huurkoop, of de regeling van pand en hypotheek, ongerechtvaardigde verrijking, de redelijkheid en billijkheid in de verhouding tot de overige crediteuren van de kredietnemer, of de Pauliana. Zie verder ook A.F. Salomons, WPNR 6204 (1995), p. 820, en mijn bijdragen in WPNR 6215 (1996), *Privaatrecht Aktueel*, p. 179, WPNR 6237 (1996), p. 655-658, en *De geschonden fiducia in het goederenrecht; over form en substance - Beschouwingen naar aanleiding van het Sogelease arrest, en de ratificatie van het Trustverdrag*, in: *Op Recht (Struycken-bundel)*, 1996, p. 337-356. Zie eveneens de kritische analyse van het Sogelease-arrest

brengt immers te weeg dat bij financieringstransacties die gebaseerd zijn op eigendomsoverdracht, alle vormen van versterking van de positie van de belanghebbende, zoals een ontbindende voorwaarde en een toeëigeningsverbod, door de betrokken partijen worden weggelaten.<sup>90</sup> Sinds Sogelease zullen de partijen weliswaar een 'werkelijke overdracht' van eigendom overeenkomen, maar het werkelijke motief blijft de zekerheid die zo valide en rechtsgeldig verkregen wordt, diep weggedoken in het comfortabele juridische jasje van een eigendomsrecht. De rechten van de belanghebbende worden gereduceerd tot persoonlijke rechten.<sup>91</sup> Het fiduciair verbod lijkt zich aldus te keren tegen juist degene die het beoogt te beschermen.

Op dit punt kan in twee tegengestelde richtingen worden geredeneerd. Enerzijds kan de lijn van 'werkelijke eigendomsoverdracht' worden doorgetrokken. Het gevolg zou zijn dat voor toepassing van rechtsregels die de vervreemder in goederenrechtelijk opzicht beschermen geen ruimte meer bestaat. Dit betekent niet alleen dat de fiduciair eigenaar vrij is om het overgedragen goed bij niet-terugbetaling van de krediet-schuld te revindiceren en te behouden, maar ook dat het goed bij faillissement van de fiduciair rechthebbende in de boedel valt en verder dat het overgedragen goed ook buiten faillissement vatbaar is voor uitwinning door schuldeisers van de fiduciair rechthebbende.<sup>92</sup>

Anderzijds staat niets eraan in de weg dat de oude jurisprudentie inzake de positie van de fiduciair eigenaar ten opzichte van de vervreemder, die uitvoerig is beschreven in § 7.4.1, toch wordt toegepast. Dit lijkt niet consistent met de bevinding dat in een concreet geval sprake is van 'werkelijke overdracht', maar de Hoge Raad laat hierbij het kader van krediet-

---

door N.W.M. van den Heuvel, Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease, O&F 67 (2005), p. 6-7.

90 E.B. Rank-Berenschot, NTBR 1995/8, § 6.5, wijst op het "merkwaardige fenomeen" dat de gretige financier onder minder beperkende regels gebukt gaat dan de financier die slechts bedingt waar het hem werkelijk om gaat, namelijk een verhaalsrecht.

91 Dit resultaat is het tegenovergestelde van hetgeen Meijers heeft bepleit in het kader van de fiduciaire overdracht tot beheer, Algemene begrippen, op p. 89: "Hoe meer het recht met de vertrouwensfunctie van de fiduciarius rekening houdt, hoe meer zal het recht regels, die voor een rechthebbende gelden, niet op de vertrouwensman toepassen, maar op hem, wiens belangen behartigd worden."

92 Bij sommige typen transacties zal bescherming kunnen worden ontleend aan een voorwaardelijke levering, bijvoorbeeld in geval van een sale and lease back waarbij de leaseback is vormgegeven als een huurkoop. Huurkoop bestaat immers uit een voorwaardelijke levering door de lessor aan de lessee. Vervulling van de voorwaarde - meestal betaling van een restsom - heeft dan goederenrechtelijk effect. Een ontbindende voorwaarde in de voorafgaande levering aan de lessor door de lessee - het sale gedeelte - is gezien het Sogelease arrest uteraard niet mogelijk.

verschaffing uitdrukkelijk buiten beschouwing. De analyses van Meijers leren dat ook een 'werkelijke overdracht' de strekking van zekerheidsverschaffing kan hebben; 'werkelijke overdracht' betekent immers slechts dat de verkrijger niet in goederenrechtelijk opzicht in de uitoefening van zijn eigendomsrecht is beperkt. Zo bezien bestaat er sinds de interpretatie van het fiduciaverbod in het Sogelease-arrest een vorm van fiduciaire eigendom tot zekerheid die rechtsgeldig is in het licht van art. 3:84 lid 3 BW aangezien de vorm ervan geen imitatie van een pandrecht oplevert, maar desalniettemin een zekerheidskarakter draagt. Er is dan voldoende reden om de 'beschermingsjurisprudentie' gewoon toepasselijk te achten.<sup>93</sup> Hierbij zijn nog verschillende grijstinten denkbaar: schuldeisers van de fiduciair rechthebbende kunnen zich op de fiduciaire eigendom verhalen alsof de 'werkelijke overdracht' inderdaad gewone en volledige eigendom heeft verschaft aan de verkrijger, terwijl deze als fiduciair rechthebbende zelf wel gehouden wordt geacht de voorschriften inzake executie van een zekerheidsrecht te respecteren.<sup>94</sup>

#### 7.4.3.5 De ex post-beschouwingen van de wetgever

De reikwijdte van het fiduciaverbod wordt steeds verder begrensd. De wetgever heeft de implementatie van de Richtlijn inzake financiële zekerheidsovereenkomsten<sup>95</sup> aangegrepen om art. 3:84 lid 3 BW voor dergelijke overeenkomsten die strekken tot overdracht van effecten en girale geldtegoeden volledig buiten toepassing te verklaren.<sup>96</sup> Art. 7:55 BW luidt:

93 Vgl. Kortmann en Van Hees, t.a.p.

94 Een scherp onderscheid tussen de twee typen regels is niet helemaal te maken; met name de aard van het recht op een eventueel overschot na verkoop van het goed raakt ook aan de positie van de schuldeisers. Een pandgever heeft een goederenrechtelijke aanspraak op een executieoverschot, maar mede in verband met de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers zal in deze tussenbenadering moeten worden aangenomen dat ook het overschot gewoon voor verhaal door schuldeisers van de fiduciair eigenaar vatbaar is.

95 De Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (6 juni 2002) (2002/47/EC, Pb EG nr. L 168/43). Het implementatiewetsvoorstel met nummer 28 874 d.d. 13 mei 2003 is uiteindelijk verworpen; een nieuw voorstel met nummer 30 138 d.d. 3 juni 2005 is wet geworden. De wetgever heeft gekozen voor implementatie van de richtlijn in een nieuwe titel 7.2 BW. Betwijfeld kan worden of dit een gelukkige keuze is geweest, omdat de nieuwe bepalingen vooral regels van goederenrechtelijke aard geven. De meeste hierin geregelde bevoegdheden bakenen de positie van de pandhouder of de verkrijger af, en behoren typisch tot de goederenrechtelijke overeenkomst van levering tot overdracht of tot vestiging van een pandrecht.

96 Deze bepaling is in de plaats gekomen van de wat beperkter geformuleerde bepaling in art. 2a Wge.



'Een overdracht ter nakoming van een financieelzekerheidsovereenkomst tot overdracht is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van artikel 84 lid 3 van Boek 3. De regels betreffende pandrecht zijn op een zodanige overeenkomst en de uitvoering daarvan niet van toepassing of overeenkomstige toepassing.'

De memorie van toelichting bij het vernieuwde wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn introduceert een merkwaardig onderscheid tussen twee vormen van 'zekerheid'. Bij de term zekerheid in art. 3:84 lid 3 BW zou het gaan om zekerheid in de "beperkte, strikt juridische betekenis van de zekerheid die wordt verschaft door de beperkte rechten tot zekerheid, die worden geregeld in titel 9 van Boek 3 en die alleen strekken tot verhaal bij voorrang op het onderpand", terwijl het bij een financieelzekerheidsovereenkomst gaat om zekerheid "in een andere betekenis dan in het Nederlandse BW gebruikt, namelijk in de zin van het economisch effect – financiële zekerheid in algemene zin – waarop de in de richtlijn bedoelde overeenkomsten gericht zijn". Hiermee wordt het Sogelease arrest onderschreven en geëxtrapoleerd. In de Algemene begrippen is een vergelijkbaar onderscheid te vinden, maar, zoals gezegd, deze passage kan niet zonder meer worden getransponeerd naar het geldende positieve recht.

Vervolgens wordt in de Memorie van Toelichting ook nog getracht een nadere uitleg te geven over de reikwijdte die aan art. 3:84 lid 3 BW zou mogen worden toegekend:

"Aandacht verdient dat het belang van artikel 7:55 uitgaat boven dat van de enkele materie van de financieelzekerheidsovereenkomst. In de literatuur is over artikel 3:84 lid 3 een discussie ontstaan, waarin herhaaldelijk de vrees naar voren komt dat het daar bepaalde ruimer moet worden uitgelegd dan blijkens het voorgaande bedoeld is en dat die bepaling dan in de weg zou kunnen staan aan transacties waarvan het beletten geen redelijk doel dient. Artikel 7:55 stelt buiten twijfel dat een dergelijke uitleg niet juist is, hier niet en ook niet in andere gevallen. Met het oog op de rechtszekerheid is het wenselijk dit duidelijk te doen uitkomen. Die wenselijkheid is dan ook bij het vooroverleg ter voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel van de zijde van banken naar voren gebracht."<sup>97</sup>

Wellicht gaat de wetgever hier een stap te ver: bij de invoering van art. 7:55 BW is de wetgever op de stoel van de rechter gaan zitten. De wetgever kan zich niet uitspreken over de analogische toepassing van wettelijke bepalingen, aangezien het gaat om bepalingen die per definitie niet rechtstreeks van toepassing zijn; dat kan alleen de rechter indien daarvoor

goede gronden bestaan. Het is lovenswaardig dat de wetgever aan de rechtspraktijk absolute zekerheid wenst te verschaffen, maar vanuit rechtstheoretisch perspectief gaat de wetgever zijn bevoegdheden te buiten door zo ingrijpend invloed uit te oefenen op de beslissingsvrijheid van de rechter. De interpretatie van de wet behoort tot het exclusieve domein van de rechter; het is zijn exclusieve taak om een rechtsregel analogisch toe te passen indien hij dat in de omstandigheden van een geval wenselijk en opportuun acht.

Hierbij komt ook nog dat de wetgever in feite tracht de parlementaire toelichting op art. 3:84 lid 3 BW te herschrijven; bindend kan een dergelijke passage voor de rechter niet zijn.<sup>98</sup> De wetgever moet volstaan met de mededeling dat het niet zijn bedoeling is dat de voorschriften inzake executie van pandrechten op de financiëlezekerheidsovereenkomst van toepassing zijn. Daaraan kan de wetgever dan ter toelichting op art. 7:55 BW nog eventueel toevoegen dat het ook niet zijn bedoeling is dat de reikwijdte van art. 7:55 BW eng wordt uitgelegd.

#### 7.4.4 Conclusie

In het licht van het Sogelease-arrest is het fiduciaverbod in verband gebracht met onsplitsbaarheid van vermogensrechten. De term splitsing komt in dit arrest niet voor, maar de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven laten zich wel vertalen in termen van de onmogelijkheid van splitsing en verdeling van bevoegdheden op een buitenwettelijke wijze. W. Snijders spreekt in het kader van art. 3:84 lid 3 BW dan ook van "een niet in het goederenrecht passende splitsingspretentie":

---

98 Vgl. MvA I Inv., Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6 (d.d. 28 oktober 1988), PG Inv. 3, p. 1009-1010: "Op de door de Commissie gestelde vraag hoelang het zal duren voordat doctrine en rechtspraak zich vrijer zullen durven of kunnen opstellen, valt in het licht van het voorgaande geen algemeen antwoord te geven. Het zal afhangen van de aard van het geval en het tempo waarin eventueel tot grondslag genomen maatschappelijke opvattingen zijn geevolueerd. Wel past hier wellicht de algemene opmerking dat weliswaar de parlementaire geschiedenis, zoals de Commissie het uitdrukt "een argumentatiebron" vormt, waaraan "veel betekenis" toekomt, doch dat de wetgever principieel de uitleg van zijn eigen produkten niet kan afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel of een later wetsvoorstel zijn gedaan." Vgl. MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 14: "Opvattingen die in door de regering opgestelde toelichtingen bij wetsvoorstellen worden naar buiten gebracht binden uiteindelijk de rechter niet." Vgl. A.S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, oratie Utrecht 1992, en in kritische zin Asser-Vranken, Algemeen deel \*\*, 1995, nr 80; en M.A. Loth, Regelend en dwingend recht, Mon. Nieuw BW A-19, 2000, § 7A.

De strekking van art 384 lid 3 komt erop neer, dat goederen - zoals het eigendomsrecht op een zaak - niet door aan de titel van overdracht slechts een beperkte werking te geven op een andere wijze kunnen worden gesplitst in rechten of bevoegdheden van vervreemder of verkrijger dan strookt met het (half)gesloten stelsel van het nieuwe goederenrecht ( ) In het algemeen zullen financieringsfiguren die een eigen, van pand en hypotheek verschillend karakter hebben, geen moeilijkheden ontmoeten, zolang zij niet tot een overdracht met een niet in het goederenrecht passende splitsingspretentie leiden <sup>99</sup>

Van een ongeoorloofde splitsingspretentie is volgens de Hoge Raad in ieder geval sprake, indien de bevoegdheden van de verkrijger zijn beperkt tot de bevoegdheden die voor een zekerheidsgerechtigde uit een zekerheidsrecht voortvloeien, blijkens het arrest moet vooral gedacht worden aan de wijze waarop de verhaalsbevoegdheid is vorm gegeven en in het bijzonder de vraag of de verkrijger bevoegd is tot toeigening zoals aan de pand- en hypotheekhouder wettelijk is verboden krachtens art 3235 BW <sup>100</sup>

Aangezien volgens Snijders hierbij in termen van splitsing moet worden gedacht, moet onsplitsbaarheid in ruime zin worden verstaan Het is immers niet evident dat tegenover de beperking van de bevoegdheden van de verkrijger daarmee corresponderende bevoegdheden van goederenrechtelijke aard van de vervreemder zouden staan, bijvoorbeeld het toeigeningsverbod laat zich niet vertalen in een daarmee corresponderende goederenrechtelijke bevoegdheid van de vervreemder, hoogstens in een verbintenissenrechtelijke aanspraak <sup>101</sup> Het is dus moeilijk om te spreken

---

<sup>99</sup> W Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, p 89 Zie ook het verslag van de vergadering van de Nederlandse vereniging voor burgerlijk recht, WPNR 6337 (1998), p 757, en eerder W Snijders, *De toekomst van de eigendom*, in *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), 1991, p 255

<sup>100</sup> Het toeigeningsverbod in art 3235 BW is overigens wettelijk vorm gegeven door middel van nietigheid van een beding tussen de partijen bij de vestiging van het recht van pand of hypotheek, dat strekt tot uitbreiding van de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde met de bevoegdheid tot toeigening

<sup>101</sup> Ten aanzien van sommige andere denkbare bevoegdheidsbeperkingen is wel voorstelbaar dat ze worden vertaald in een corresponderende goederenrechtelijke aanspraak de beperking van de bevoegdheden van de verkrijger die besloten zou liggen in de verplichting om een overschot na executoriale verkoop van de zekerheidseigendom en aftrek van het verschuldigde aan de fiduciair vervreemder af te dragen, zoals voor het pandrecht is neergelegd in art 3253 lid 1 tweede zin BW, zou kunnen worden vertaald in een goederenrechtelijke aanspraak van de vervreemder c q pandgever op het overschot Het belang hiervan is uiteraard groot wanneer de fiduciair eigenaar of de pandhouder dreigt te faillieren Zie over de aard van het recht van de vervreemder op een eventueel overschot ook reeds Meijers, *preadvies* 1936, *Bibliographie Meijers*, p 267, waar is gesteld dat de fiduciair vervreemder hoogstens een persoonlijke vordering op het overschot heeft Kennelijk

in termen van *verdeling* van de bevoegdheden die uit een goederenrechtelijk recht voortvloeien

In het perspectief van Snijders moet ook een dergelijke beperking van de bevoegdheden van een rechthebbende die niet de verschaffing van de daarmee corresponderende bevoegdheden aan de belanghebbende insluit, worden aangemerkt als een vorm van splitsing. In deze benadering is elke vorm van versterking van de rechtspositie van een belanghebbende op te vatten als een vorm van splitsing, ook indien die versterking slechts de vorm heeft gekregen van een beperking van de bevoegdheden van de fiduciair rechthebbende en zijn schuldeisers. Dit betekent dat ook de rechtsfiguur van een afgescheiden vermogen in het beeld van de onsplitsbaarheid komt, wat men onsplitsbaarheid in ruime zin op, dan is de beperking van de rechtspositie van een rechthebbende door middel van de erkenning van een vermogensafscheiding eveneens op te vatten als een vorm van splitsing die wordt bestreken door de *numerus clausus* en het gesloten systeem van het goederenrecht. Inderdaad vervolgt W. Snijders zijn hierboven geciteerde betoog met beschouwingen omtrent de erkenning van een afgescheiden vermogen. Deze rechtsfiguur komt in § 7.6 nader aan de orde.

## 7.5 Fiduciaire eigendom tot beheer

### 7.5.1 Inleiding

De meest pregnante vorm van splitsing van recht en belang is de fiduciaire eigendom *cum amico*. De rechthebbende van een goed, die dat goed beheert, oefent zijn rechten en bevoegdheden uit in het belang en ten behoeve van een ander. Het voorbeeld bij uitstek is de trust uit het Engelse recht. Deze rechtsfiguur pleegt te worden aangemerkt als een vorm van splitsing van het eigendomsrecht, die het continentale recht niet kent. De trust is al aan de orde geweest in het rechtsvergelijkende overzicht in § 4.5.5, waar is gebleken dat de trust door sommigen, maar niet allen, wordt gekwalificeerd als onverenigbaar met het gesloten stelsel. Hier wordt de trust nader geanalyseerd vanuit het perspectief van de splitsing van het eigendomsrecht.

De problematiek van splitsing tussen beheer en belang betreft niet steeds het eigendomsrecht. Bijvoorbeeld ook de beperkte zekerheidsrechten worden in de rechtspraktijk soms door de zekerheidsgerechtigde

---

veronderstelde Meijers dat het recht van de pandgever op een overschot goederen rechtelijk van aard is.

gehouden in het belang en ten behoeve van een ander, de werkelijke kredietverstrekker. Ook de kwaliteitsrekening, soms in het Engels aangeduid als trust account, betreft niet een eigendomsrecht maar een vorderingsrecht.

In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre de genoemde rechtsfiguren een juridische splitsing van beheer en belang opleveren.<sup>102</sup> Zou daarvan sprake zijn, dan staat de numerus clausus aan erkenning ervan in de weg, tenzij een wettelijke grondslag voor de rechtsfiguur is aan te wijzen. Bij de verkenning van het wettelijk systeem speelt de benadering van Meijers opnieuw een grote rol.

## 7.5.2 De trust

### 7.5.2.1 De klassieke analyse van de Engelse trust

In klassieke analyse van de Engelse trust kenmerkt deze rechtsfiguur zich door *dual ownership* zowel degene die belast is met beheer over een goed, als degene in wiens belang het goed wordt beheerd, hebben op dat goed een aanspraak, die in het Engelse recht wordt gekwalificeerd als *ownership*. De twee bronnen van het Engelse recht, de *common law* (in engesin) en *equity*, bepalen de aard van de respectieve aanspraken.<sup>103</sup> De be-

102 Buiten beschouwing blijft de economische eigendom, ook al wordt deze eveneens in termen van splitsing omschreven. Zie bijv. B. W. M. Nieskens-Isphording, *Koophuur: een juridische variant van de nieuwe kleren van de keizer*, NJB 1996/44, p. 1849. De economische eigendom voorziet in een veelgevoelde behoefte om de macht over en het belang bij een bepaald goed af te splitsen van de formele eigendomsrechten. ( ) In geval van economische eigendom worden immers de twee componenten van de eigendom, *le droit de jouir* en *le droit de disposer des choses*, over twee personen verdeeld. ( ) In geval van economische eigendom is er sprake van een bepaald goed, gesplitst worden de bevoegdheden met betrekking daartoe. Vgl. W. G. Huijgen, *Economische eigendom*, 1995, § 5, die onderscheid maakt tussen echte vormen van economische eigendom, waarbij door de economisch eigenaar volledig is betaald en alleen de levering achterwege of onvoltooid is gebleven, en onechte, zoals huurkoop, fiduciaire eigendom en eigendomsvoorbehoud. Vgl. annotator Stein bij HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316 m.nt. PAS (Vagobel), die een verband legt tussen economische eigendom en de trust.

103 Deze constatering ontlokte een fraaie opmerking aan de grote Franse rechtsvergelijker H. Batiffol, *The Trust Problem as Seen by a French Lawyer*, (1951) 33 *Journal of Comparative Legislation and International Law*, p. 25. 'The English system is built up on the distinction between Common Law and Equity. Yet this distinction is an accident of history. The English have been able to make the best of it owing to their remarkable flair for expediency and utility. One could not dream of introducing it into French law, one does not deliberately invite accidents.' Vgl. de krachtige taal van E. M. Meijers, *De trustee en het burgerlijk recht*, WPNR 2998 (1927), VPO III, p. 184, geciteerd in § 7.5.3.1.

heerder van het goed geldt als eigenaar naar common law; hij heeft de legal title tot het goed.<sup>104</sup> De belanghebbende wordt aangeduid als beneficiary, wiens recht is gebaseerd op de regels van equity. Beide hebben derhalve een aanspraak op de goederen die hun verplichtingen en bevoegdheden bepaalt, zowel in de onderlinge relatie als in de verhouding tot derden. Deze aanspraken zijn steeds relatief; bepalend is steeds wie in de onderlinge verhouding een better title heeft. Deze better title-benadering kenmerkt het Engelse en ook het Amerikaanse goederenrechtelijke denken.

In deze benadering worden de aanspraken van zowel de trustee als de beneficiary gekwalificeerd als een vorm van ownership. Van een absoluut eigendomsbegrip, dat de continentale rechtstraditie kenmerkt, is in het Engelse recht nooit sprake geweest. De term ownership heeft slechts de weinig geconcretiseerde betekenis dat de rechthebbende een sterke aanspraak kan doen gelden jegens derden.<sup>105</sup> Zo is het mogelijk de trustee op basis van zijn title naar common law aan te merken als legal owner en de belanghebbende op basis van zijn aanspraak op grond van de regels van equity als equitable owner. Dit verklaart dat de trust meestal wordt gezien als een vorm van dual ownership.

104 In de Engelse en de Amerikaanse doctrine wordt soms getracht de trust functioneel te verklaren als een vertegenwoordigingsfiguur. Het feit dat aan de trustee de legal title toekomt, maakt een verklaring op basis van vertegenwoordiging echter moeilijk verdedigbaar.

105 C.Æ. Uniken Venema, Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (bespreking preadviezen Dyer en Van Loon voor de NVIR), WPNR 5727-5729 (1985), in 5728, p. 114, nr. 23: wat wordt aangeduid met ownership, zijn eigenlijk 'bezitsrechten', een aanspraak op het houden en gebruiken van een goed, die geldt zo lang door derden geen betere rechten worden aangetoond. Er is sprake van "een ownership-begrip, dat de absolute betekenis mist die kenmerkend is voor het continentale eigendomsbegrip en dat slechts een relatieve aanspraak - een 'better title' - vertegenwoordigt. (...) Essentieel is het structurele verschil en niet het terminologische verschil: enerzijds een relatief title- of ownership-begrip, anderzijds een absoluut eigendomsbegrip." Zie ook F.H. Lawson en Bernard Rudden, *The law of property*, 2<sup>e</sup> druk 1982, h. VII (Ownership), p. 115: "when the term *ownership* is used in relation to title, it is merely contrasted with *possession*, and means little more than *title*, or at most a title with no obviously better title outstanding. The owner is a person who has something better than mere possession. But no technical significance attaches to the term, for what he alleges in an action to recover possession is that he has a right to immediate possession of the thing which is almost invariably relative."; vgl. de beschrijving van de trust op p. 102: "English law in effect said that both trustee and beneficiary own the property in different ways, or, more accurately, that neither owns the property in the strict Roman sense of the term ownership, but each owns a different interest in it, called respectively the legal estate and the equitable interest. It says that to ask in such a situation who owns the physical object is an improper question". Zie verder W.J. Zwolve, *Common Law & Civil Law*, 2000, p. 104.

De verleiding is groot om de term dual ownership te verstaan als dubbele of gesplitste eigendom in de zin van de continentale rechtstraditie.<sup>106</sup> Daarin werd ook voor de karakterisering van de genotsrechten van vruchtgebruik en erfpacht gebruik gemaakt van het onderscheid tussen "een *dominium utile*, van een minderen of gebruikseigendom, tegenover een *dominium directum* of oppereigendom".<sup>107</sup> In de pandektistische rechtswetenschap in Duitsland vanaf circa 1860 heeft het debat over gesplitste eigendom hevig gewoed, in het bijzonder naar aanleiding van het beroemde werk van A.F.J. Thibaut uit 1801, getiteld *Über dominium directum und utile*.<sup>108</sup> Het debat werd in belangrijke mate ingegeven door de herontdekking van het Romeinsrechtelijke eigendomsbegrip, dat abstract en unitair was en geen gesplitste varianten kende. De Duitse wetgever heeft aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw uiteindelijk gekozen voor herinvoering van het Romeinsrechtelijke eigendomsconcept.<sup>109</sup> De Franse wetgever had reeds aan het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw afstand genomen van de feodale splitsingen van de eigendom in allerlei gefragmenteerde genotsrechten onder de vlag eigendom.

- 
- 106 Aldus o.m. MvA II (2846) bij vraagpunt 8 inzake bewind (d.d. 29 april 1953), PG 3, p. 462: "de Engelse trust met haar dubbel eigendomsrecht" en ook Meijers zelf in zijn rol als tijdelijk raadadviseur bij zijn mondelinge participatie aan het debat over dit vraagpunt, PG 3, p. 466: "de Engelse trustee met gesplitste eigendom". Vgl. ook MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 4, en MvT bij de wijziging van de Wet op het notarisambt ten aanzien van de notariële kwaliteitsrekening, 23 706, m.n. p. 30. De verwarring over het Anglo-Amerikaanse ownership-begrip heeft Adair Dyer, *The trust as a paradigm for the management of property separate and apart from its beneficial ownership*, preadvies NVIR, nr. 87, juni 1983, p. 8, gebracht tot de fameuze titel van paragraaf d: "The 'red herring' of 'dual ownership'". Zie hierover o.m. Van Boeschoten en Dyer, het Verslag, nr. 88 mei 1984, p. 23-24 resp. 29-30; Zwalve, a.w., 2000, vooral p. 285 en 294-296.
- 107 Zeer kritisch over dit onderscheid ter dogmatische inbedding van vruchtgebruik en erfpacht was reeds C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, 1871, p. 202 en 472.
- 108 Zie Frank Martin Krauss, *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*, 1999, m.n. p. 26 e.v. en 149.
- 109 Het op 1 maart 1865 in werking getreden BGB van het koninkrijk Saksen kende een bepaling waarin het splitsingsverbod uitdrukkelijk was neergelegd; zie § 226 sächs. BGB: "Die im Eigentum enthaltenen Befugnisse können nicht unter mehreren Eigentümern so aufgeteilt sein, daß der eine ein Obereigentum und der andere ein nutzbares Eigentum hat. Die Überlassung einzelner Eigentumsbefugnisse an einen Anderen kann nur Rechte an einer fremden Sache begründen.". Ook in het eerste ontwerp voor het BGB van 1900, van de hand van Johow, was een vergelijkbare bepaling opgenomen in § 87: "Das Eigentum an einer Sache kann mehreren zu gleicher Zeit nur ungeteilt zustehen. Insbesondere findet die Theilung des Eigentums in Ober- und Nutzungseigentum nicht statt." Deze bepaling is in het latere ontwerp geschrapt, omdat zij vanzelfsprekend werd geacht. Zie Krauss, a.w., p. 81-84.

Sindsdien is onsplitsbaarheid inherent aan het eigendomsbegrip dat alle continentale rechtsstelsels in meer of mindere mate kenmerkt. De erkenning van de rechtsfiguur trust en zelfs de erkenning van rechtsgevolgen aan een trust stuiten in dit perspectief in beginsel af op het uitgangspunt van onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht.<sup>110</sup>

### 7.5.2.2 De oude benadering van Uniken Venema

Uniken Venema is een van de belangrijkste vertegenwoordigers van een stroming die heeft gezocht naar een andere kijk op de Engelse rechtsfiguur trust.<sup>111</sup> Aanvankelijk heeft hij getracht om het concept van de dubbele of gesplitste eigendom te vermijden door de splitsing die dual ownership kenmerkt, op een andere wijze binnen het systeem van het goederenrecht vorm te geven. Hij zocht aansluiting bij de wettelijk wel erkende wijze van splitsing door middel van de vestiging van beperkte rechten. Zijn voorstel is geweest om de aanspraak van de belanghebbende, de beneficial of equitable ownership, de vorm te geven van een beperkt zakelijk recht:

"De 'dual ownership'-gedachte zou in de continentale systematiek kunnen worden uitgewerkt met behulp van de in de continentale systematiek overbekende figuur van een 'moederrecht' waaruit 'beperkte rechten' zijn afgesplitst. Ten overvloede zij in dit verband daarbij nog opgemerkt dat het 'zakelijke karakter' van het recht van

- 
- 110 Zie reeds o.a. G. de Grooth, *Hand. NJV 1956-II*, p. 39, met verwijzing naar een Duitse theorie van de Duplizitat der Rechtssubjektivitat, en andere intervenienten tijdens dezelfde vergadering, en tegenwoordig o.a. O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Mon. Nieuw BW B-6a, 3<sup>e</sup> druk 1997, § 34, p. 34-35. "Volgens sommigen is er bij de 'trust' zelfs sprake van een opsplitsing van de eigendom tussen de 'trustee' (de 'legal owner') en 'beneficiary' (de 'beneficial owner'). Zo begrepen past de 'trust' niet in ons rechtssysteem, dat niet de mogelijkheid van verschillende eigendomsrechten op één en dezelfde zaak kent en dat uitgaat van een gesloten stelsel van zakelijke - of ruimer beperkte - rechten." Vgl. C.C. van Dam, in Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 468: "Naar huidig recht gaat het hier niet om een variatie op de eigendom want de eigendom ligt of bij de beheerder of bij de belanghebbende. Het is niet mogelijk om de eigenaarsbevoegdheden te verdelen over de beheerder en de belanghebbende, omdat een splitsing van de eigendom op andere wijze dan uit de wet voortvloeit niet mogelijk is."
- 111 C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind - Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figuren in het Nederlandse recht*, diss. Groningen, 1954, o.a. p. 285 e.v., en: *Welke voorzieningen behoort de wet te bevatten betreffende fiduciaire rechtsverhoudingen (anders dan na dode)?*, preadvies N.J.V. 1956-I, m.n. p. 49-56, en later: *Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht* (bespreking preadviezen Dyer en Van Loon voor de NVIR), WPNR 5727-5729 (1985); zie ook AAe 34 (1985), p. 764-772, en zijn recensie van het proefschrift van D.W. Aertsen, in NTBR 2005/7, nr. 55, p. 329-333.



de beneficiary voortvloeit uit het feit dat er sprake is van obligatoire aanspraken, die mede ten opzichte van verscheidene categorieën van derden kunnen worden gehandhaafd."<sup>112</sup>

De trustee, legal owner naar Engels recht, kan dan worden aangemerkt als eigenaar in continentale zin, wiens recht is bezwaard met het beperkte goederenrechtelijke recht van de belanghebbende.

In deze benadering wordt het obstakel van de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht in twee vormen van eigendom geslecht. Wel resteert het probleem dat de aanspraken van een beneficiary moeilijk te vertalen zijn in een van de typen van beperkte rechten die in het stelsel van het Nederlandse goederenrecht bestaan, zoals door Zwolve uiteen is gezet:

"Géén van de continentale beperkte zakelijke rechten immers bezit de eigenschap dat het *beperkte* zakelijke recht (anders dan de eigendom) in beginsel het '*volledige* belang' vertegenwoordigt dat vóór de afsplitsing van het moederrecht besloten lag in het ongesplitste recht, terwijl in het 'moederrecht' in beginsel de '*volledige* macht' overblijft die ook in het ongesplitste recht belichaamd was. In alle op het Westeuropese continent bestaande beperkte zakelijke rechten is daarentegen - evenals in het overblijvende deel van het 'moederrecht' - een *mengsel* belichaamd van een '*beperkt* belang' in combinatie met een '*beperkte* macht'; vruchtgebruik, erfdienstbaarheden, erfpacht, pand en hypotheek en dergelijke behelzen alle een gedeelte van de '*macht*' over het goed dat het object is van die rechten, zulks in combinatie met een gedeelte van het '*belang*' daarin. Bij de '*equitable interests*' valt nu juist op, dat deze als zodanig het gehele belang bij een goed kunnen belichamen, terwijl de macht daarover geheel in handen ligt van degene die de '*legal interest*' heeft."<sup>113</sup>

Men ontkomt in deze benadering dus niet aan de erkenning van een nieuw type beperkt recht, dat naar zijn aard bovendien afwijkt van de algemene kenmerken van het rechtsbegrip beperkt recht.<sup>114</sup> Dit zou betekenen dat de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten wordt uitgebreid met een in dubbel opzicht nieuw type.<sup>115</sup>

112 WPNR 5728 (1985), p. 115, nr. 25, r.k.. I. Kisch, WPNR 4461 (1956), p. 410, heeft gesuggereerd dat ook de trustee kan worden aangemerkt als beperkt zakelijk gerechtigde; z.i. is het 'betrekkelijk onverschillig welk stuk als eigendom wordt bestempeld, en welk stuk als ius in re aliena. (...) Beide constructies zijn verdedigbaar'; aldus ook W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p. 93.

113 W.J. Zwolve, Common Law & Civil Law, 2000, p. 295-296.

114 Kisch, WPNR 4461 (1956), op p. 411, r.k., zag geen bezwaar tegen erkenning van een nieuwe type beperkt zakelijk recht, ook al zou de aard ervan verschillen van de overige typen beperkte rechten.

115 Bedoeld is een uitbreiding van het aantal erkende beperkte rechten; de Typenzwang derhalve. Het is nog denkbaar niet een nieuw wettelijk type te creëren, maar een van de bestaande typen op te rekken. De verruiming van de mogelijkheden om de inhoud van een erkend type aan te passen en te moduleren rond de aanspraak

### 7.5.2.3 De nieuwe benadering van Uniken Venema

Uniken Venema heeft inmiddels een nieuwe benadering gekozen voor de inpassing van de trustfiguur in het stelsel van het continentale goederenrecht.<sup>116</sup> Door een selectie te maken van de kenmerkende eigenschappen en rechtsgevolgen van een trust, heeft hij de essentie van een trust gehedefinieerd. Met name de derdenwerking van de aanspraak van de beneficiary is door hem nu tot randverschijnsel bestempeld.

Naar Engels recht worden derden die een recht verkrijgen op een goed dat tot de trust behoort, terwijl zij weten of moeten weten dat niet wordt beschikt conform de beheersopdracht die aan de trustee is opgelegd, in beginsel van rechtswege zelf trustee. De beneficiary kan in dergelijke gevallen dus zijn equitable title tegenwerpen aan deze derden; zijn aanspraak is sterker dan de door die derde verkregen title. Deze derdenwerking wordt in het Engelse recht tracing genoemd.<sup>117</sup>

In de termen van het Nederlandse goederenrecht kan deze derdenwerking in beginsel alleen worden verklaard op grond van het goederenrechtelijke karakter van de aanspraak van de beneficiary.<sup>118</sup> Ziet men af van

---

van een beneficiary zou neerkomen op vermindering van de Typenfixierung. Zo kan de inhoud van het recht van vruchtgebruik afgestemd worden op de typische rechten en plichten van een beneficiary. Er zou dan een subtype van het recht van vruchtgebruik ontstaan, dat op den duur de status van een afzonderlijk type beperkt recht met een eigen benaming kan verkrijgen

116 Uniken Venema, *Trustrecht in beweging*, in: *Ongebonden recht bedrijven* (NGB-bundel), 2000, p. 247-282. Deze benadering past in een algemene tendens die inmiddels ook door veel anderen wordt verwoord. Zie vooral de *Principles of European Trust Law*, Hayton, Kortmann en Verhagen (eds.), 1999, tevens beschreven door H L E. Verhagen, *Trusts in the Civil Law Making Use of the Experience of 'Mixed' Jurisdictions*, *European Review of Private Law* 3 (2000), p. 477-498

117 Lawson en Rudden, *The law of property*, 2<sup>e</sup> druk 1982, p. 59, wijzen erop dat de term tracing ook het hiervan te onderscheiden verschijnsel omvat dat de opbrengst van de verkoop van het trustgoed van rechtswege onder het trustverband valt. Er is dus sprake van zaaksvervanging (real subrogation) ten aanzien van de trustgoederen. Hetgeen in de plaats treedt van trustgoederen, komt dus nooit tot het onbezwaarde privé-gedeelte van de trustee te behoren. Deze vorm van zaaksvervanging is van belang voor alle gevallen waarin de derdenwerking van een trust afstuit op een bijzondere regel van derdenbescherming, de bona fide purchaser for value van een legal title wordt naar Engels recht beschermd tegen de equitable aanspraken van derden zoals de beneficiary van een trust. Zie over tracing in deze zin in de Nederlandse literatuur m.n. Zwolve, a.w., 2000, p. 289.

118 Van eventuele aansprakelijkheid van derden op grond van onrechtmatige daad is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake. Deze grondslag kan dus niet als exclusieve grondslag voor derdenwerking van de trust fungeren. De constructie van een persoonlijk recht van de belanghebbende dat op andere gronden ook tegen derden kan worden ingeroepen, is in het Nederlandse recht onbekend, "praktisch is deze

derdenwerking als een essentieel element van een trust, dan verdwijnt de noodzaak om de positie van de beneficiary op een of andere gecompliceerde en controversiële wijze goederenrechtelijke status te geven.<sup>119</sup> Naar mate de beheersbevoegdheden op andere wijzen gereguleerd en gecontroleerd worden, en naar mate de trustees betrouwbare instanties zijn, zal minder vaak sprake zijn van een vervreemding in breach of trust. De marginalisering van tracing als vorm van derdenwerking van een trust is dan nauwelijks bezwaarlijk.<sup>120</sup> Hier komt nog bij dat in § 4.5.5 duidelijk is geworden dat ook in het Engelse recht zelf de derdenwerking van de aanspraken van beneficiaries steeds minder gewicht heeft.

Wel tot de kern van een uniform trustbegrip behoort volgens Uniken Venema het gegeven dat schuldeisers van de trustee zelf geen verhaal kunnen nemen op de trustgoederen; de trustgoederen vormen een afgescheiden vermogen naast het privé-vermogen van de trustee. In deze benadering kan de aard van de aanspraken van de beneficiary buiten beschouwing blijven, aangezien de essentie van de bescherming van zijn belangen wordt gezocht in de afscheiding binnen het vermogen van de trustee.

"De figuur van het afgescheiden vermogen als kenmerk van een trust kan als zodanig een grondslag bieden voor de 'externe werking' van een trust ten opzichte van de crediteuren van de trustee, zonder dat het noodzakelijk is de betrokken rechten te kwalificeren als zakelijke of goederenrechtelijke rechten. De oude vraag of de extern werkende rechten van de beneficiary van een trust beschouwd dienen te worden als 'zakelijke' rechten - eventueel als 'zakelijke' rechten van een nieuwe soort - en de vraag of inpassing van deze rechten in ons goederenrechtelijke systeem mogelijk is (in aanmerking nemende het 'numerus clausus'-beginsel) kan daardoor buiten beschouwing blijven."<sup>121</sup>

---

constructie identiek met die van een beperkt zakelijk recht", aldus Meijers, *De algemene begrippen*, p. 285, noot 1.

119 Wel rijst de vraag die in het Nederlandse recht wordt gesteld ten aanzien van de koper onder eigendomsvoorbehoud: is de beneficiary in staat zijn aanspraak aan een derde over te dragen, en zo ja, op welke wijze? In het geldende Engelse recht, waarin aan de beneficiary equitable ownership toekomt, is hij in staat zijn 'eigendomsrecht' aan een derde over te dragen. Overigens komt deze derde naar Engels recht niet in aanmerking voor bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder; de bona fide purchaser for value regel geldt alleen bij verkrijging van een legal title, niet bij verkrijging van een equitable title.

120 Vgl. Lawson en Rudden, p. 103.

121 Uniken Venema, *Trustrecht in beweging*, in: NGB-bundel, 2000, p. 259. Zie ook p. 265: "De afdwingbaarheid van de rechten van beneficiaries ten opzichte van 'derden-verkrijgers te kwader trouw om niet' vormt dus niet een kernelement van een trust in de zin van het Trustverdrag en van de 'Principles'. (...) Het uniforme begrip 'trust' omvat echter - als noodzakelijk element - slechts het vereiste van een afgescheiden vermogen ten opzichte van de crediteuren van de trustee.", en recensie diss. Aertsen, NTBR 2005/7, nr. 55, p. 331.

De onsplitsbaarheid van vermogensrechten staat dan niet langer in de weg aan de erkenning van een vorm van trust binnen het systeem van het Nederlandse goederenrecht.<sup>122</sup> Ook Aertsen kiest in zijn proefschrift uit 2004 voor de benadering waarin vermogensscheiding de crux is.<sup>123</sup>

Hiermee verschuift de aandacht naar de vraag hoe het afgescheiden vermogen moet worden geduid in het systeem van het vermogensrecht. De rechtsfiguur van een afgescheiden vermogen wordt in § 7.6 van dit hoofdstuk nader als vorm van splitsing onder de loep genomen.

### 7.5.3 *De algemene rechtsleer van Meijers*

#### 7.5.3.1 De begripsmatige dimensie

Zoals in § 7.2 en § 7.4.2 is gebleken, heeft Meijers in de Algemene Begrippen uit 1947 vrij uitvoerig aandacht besteed aan de fiduciaire eigendom, overigens zonder veel onderscheid te maken tussen fiduciaire eigendom tot zekerheid en fiduciaire eigendom tot beheer. Eerder, in 1927, had hij zich in een recensie van preadviezen voor de BCN al specifiek over de Engelse trust uitgelaten in krachtige bewoordingen:

"De Engelsche opvatting, dat hij, die het goed voor een ander beheert en daarover beschikken kan, de eigenlijke gerechtigde is, staat ongetwijfeld achter bij de onze, volgens welke degene, voor wien beheerd wordt, de uitsluitende eigenaar van het goed is. (...) Veel eenvoudiger wordt de rechtspositie van den trustee dan ook geschetst, wanneer men zegt, dat hij een vertegenwoordiger van den eigenaar is. (...) Al wateen trustverhouding voor wezenlijks geeft, is dan ook in ons recht even goed weer te geven met behulp van de vertegenwoordigingsgedachte."<sup>124</sup>

122 Uniken Venema, a.w. 2000, p. 266: "De neutralisering van het trustbegrip - de vervanging van de typisch Anglo-Amerikaanse juridische elementen door de 'neutrale' figuur van het afgescheiden vermogen - brengt in combinatie met de eveneens aangeduide beperking van het trustbegrip - de eliminering als kernelement van de externe werking ten opzichte van bepaalde derden-verkrijgers - met zich dat een eventuele introductie van een trust als algemene rechtsfiguur in het Nederlandse recht wordt vergemakkelijkt."

123 D.W. Aertsen, *De Trust - Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, diss. Nijmegen, 2004. Ook C.C. van Dam, in Asser-Mijnsen 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 481, legt het verband tussen de trust-achtige benadering en het afgescheiden vermogen. Zie in het kader van de kwaliteitsrekening A. Steneker, diss., 2005.

124 E.M. Meijers, *De trustee en het burgerlijk recht* (recensie preadviezen BCN 1927), WPNR 2998 (1927), p. 413-416, VPO III, p. 184.

In de Algemene begrippen verwoordt Meijers deze benadering opnieuw, na in algemene zin aandacht te hebben gevestigd op een rechtshistorisch fenomeen

Hoe meer het recht met de vertrouwensfunctie [van de fiduciarius] rekening houdt, hoe meer zal het recht regels, die voor een rechthebbende gelden, niet op de vertrouwensman toepassen, maar op hem, wiens belangen behartigd worden. In het Engelse recht is de trustee nog de rechthebbende, terwijl het Nederlandse recht een zodanig persoon als bewindvoerder aanmerkt en hem geen eigen rechten op de onder zijn beheer zich bevindende goederen toekent <sup>125</sup>

Vervolgens merkt Meijers op dat ook in het continentale recht bij jonge rechtsfiguren nog van de Engelse constructie gebruik wordt gemaakt, bijvoorbeeld bij de trusthypothek waar de rechten van de obligatiehouders, als schuldeiser en hypotheekhouder, aan de vertrouwensman worden toegekend. Hij beschrijft vervolgens dat - kennelijk volgens Meijers vooruitstrevende - juristen ook in dit geval de trustee als niet meer dan een vertegenwoordiger van de schuldeisers willen beschouwen, en verwijst daarbij naar zijn recensie uit 1927. Meijers' benadering was dus verder strekkend dan het standpunt dat sommige anderen destijds verdedigden. Voor de algemene rechtsleer betekende de benadering van Meijers de toekenning van het subjectieve recht aan de beneficiary in plaats van aan de trustee die zijn beheersbevoegdheden ten behoeve van de belanghebbende uitoefent. De handhaving van de common law title voor de trustee vond Meijers kennelijk ouderwets.

De beschouwingen van Meijers zijn sterk geënt op de begripsmatige vormgeving van rechtsverhoudingen uit het maatschappelijk verkeer, geheel conform zijn oogmerk van formulering van een algemene rechtsleer. Het gaat Meijers vooral om de meest doelmatige en meest passende aanwending van de beschikbare rechtsbegrippen gezien de werkelijke economische verhouding tussen de betrokken partijen. Hij nodigt daarmee de wetgever uit niet mee te gaan met de rechtspraktijk, waarin gebruik wordt gemaakt van disproportionele juridische instrumenten ter verwezenlijking van de bedoeling van partijen, zoals ook kernachtig is verwoord door Joaquín Garrigues in 1953. Volgens hem is bij de trust in de Engelse constellatie sprake van

an internal disharmony between the end contemplated by the parties (mere security or the conservation of the thing) and the legal means employed to effect that end (transfer of the property right in the thing). A stronger legal effect is caused in order to achieve a weaker economic end. There is in short a contradiction be-

---

125 Algemene begrippen, p. 89, zie ook p. 81 en 284

tween the end and the means employed, energetic means being employed to obtain a more restricted result" <sup>126</sup>

Ook Garrigues kiest hiermee voor een benaderingswijze waarin wordt gestreefd naar nauwkeuriger begripsmatige afstemming van het recht op de economische verhouding tussen de betrokken partijen.

### 7.5.3.2 De rechtspolitieke dimensie

Hierachter gaat echter tevens een morele dimensie schuil, ongetwijfeld ook bij Meijers. De stap van de begripsmatige logica, die in de Algemene begrippen zo prominent naar voren komt, naar de moraal en de ethiek, is veel nadrukkelijker gezet door de Franse rechtsvergelijker Batiffol in een Engelstalig artikel uit 1951:

"The French have seen things differently. Their starting point is certainly their taste for logical ideas. Only one of two persons having interests in the same thing can be the owner thereof, and he must obviously be the ultimate beneficiary of the administration. Therefore the person who manages the property is no more than an agent ( ) This logical attitude coincides with a moral attitude which is more prevalent in France than in England, and which is mistrust, the fear of abuse, specially when this threatens to prejudice people worthy of protection. The person who administers someone else's property, being merely an agent, will only have such powers as are given him by law or by the Judge, and as a general rule, he will have no power to alienate the property. Our law is still labouring under the old idea that capital should in normal circumstances be kept in specie, whilst the English have been more inclined to believe that the good management of capital implies alienation thereof. We are very cautiously moving towards the latter standpoint: the guardian may sell the immovables belonging to his ward, subject to the authorisation of the Family Council and the sanction of the Court. The trustee in bankruptcy disposes of the assets under the control of the Judge, the heir taking under the benefit of an inventory, winds up the estate whilst complying with strictly controlled formalities" <sup>127</sup>

Deze presentatie door Batiffol is in essentie een rechtssociologische analyse. Er wordt een verband gelegd tussen de cartesiaanse c.q. pandektistische begripsvorming en de maatschappelijke moraal, die zich vertaalt in maatschappelijke en rechterlijke skepsis ten aanzien van de behartiging van andermans belangen. <sup>128</sup>

126 Joaquín Garrigues, *Law of Trusts*, 2 Am J Comp L 25-35 (1953) op p. 26

127 H. Batiffol, *The Trust Problem as Seen by a French Lawyer*, (1951) 33 Journal of Comparative Legislation and International Law, p. 24

128 Vgl. ook Meijers, *De trustee en het burgerlijk recht* (recensie preadviezen BCN 1927), VPO III, op p. 187, waar bij de bespreking van de vraag of de wetgever door wetswijziging de onderbewindstelling van goederen dient aan te moedigen, wordt

De kern van het verhaal van zowel Batiffol als Meijers is dan uiteindelijk de bescherming van de belanghebbende. Zoals ook is duidelijk geworden in het kader van de fiduciaire eigendom tot zekerheid, ligt in de algemene rechtsleer van Meijers het normatieve standpunt besloten dat de belanghebbende beschermd dient te worden tegen de beheerder en zijn schuldeisers. Met de verschaffing van eigendom aan de beheerder wordt deze zowel begripsmatig als maatschappelijk overbedeeld. Overbedeling creëert niet alleen een conceptueel ongerechtigheidje, maar ook en vooral een risico voor de belanghebbende. Hieraan kan dan nog worden toegevoegd dat het in de meeste gevallen gaat om een belanghebbende die te maken heeft met een wederpartij die het overwicht in het onderlinge verhouding heeft. Dit geldt zowel voor de familierechtelijke verhoudingen waarin de trust tot ontwikkeling is gekomen, als voor commerciële verhoudingen waarin de fiduciaire verkrijger als kredietverschaffer vaak sterker staat dan de kredietnemer.

### 7.5.3.3 Bewind en andere wettelijke regelingen

#### *Het pragmatisme van Meijers*

Meijers wordt geen recht gedaan als de beschrijving van zijn ideeën over de fiducia cum amico hier zou eindigen. De literatuur sinds 1992, met name die over het fiduciaverbod, laat zien hoezeer Meijers is misverstaan, waar hem onwil wordt verweten om tegemoet te komen aan de noden van de rechtspraktijk.

In de geciteerde passages verwijst Meijers naar de vertegenwoordiging als modus voor de vormgeving van fiduciaire rechtsverhoudingen. Net zo min als nu was vertegenwoordiging een rechtsbegrip met een vastomlijnde inhoud; vertegenwoordiging is een verzamelbegrip voor allerlei rechtsfiguren die vorm geven aan de uitoefening van bevoegdheden ten behoeve van een ander. Ter adstructie van de vertegenwoordigingsgedachte noemt Meijers in één adem naast wettelijke vertegenwoordigers zoals de voogd en de curator, ook de vertegenwoordiging van rechtspersonen en de lasthebber.<sup>129</sup> Aan het slot van zijn recensie uit 1927 gaat

---

vermeld dat "de volksopvatting, die van een onderbewindstelling afkeerig is" aan grootschalig gebruik in de weg staat. Overigens is interessant dat Meijers op p. 185 onderaan, evenals kennelijk Batiffol, lessen wil trekken uit de hoogontwikkelde en zeer genuanceerde regels uit het Engelse recht inzake controle op trustees, rechterlijke wijziging van de doelstelling van een trust, en zaaksvervangende in het trustvermogen

129 Meijers, a.w., 1927, p. 185 "De beheerder van een rechtspersoon, de lasthebber en degene die een beding ten behoeve van een derde heeft toegezegd, kunnen in

Meijers ook nog in op de door de preadviseurs niet behandelde trustverhouding ten behoeve van obligatiehouders en dergelijke personen

Ook bij deze trustverhoudingen ten behoeve van een groep personen, komt men beter met de rechtsfiguur, vertegenwoordiging, dan met die van een eigen zakelijk recht der beheerders uit. Wat in ons recht ontbreekt is echter iets anders, namelijk afzonderlijke voorschriften voor de vertegenwoordiging van een collectiviteit, die niet als rechtspersoon optreedt. Deze collectieve vertegenwoordiging dient niet alleen geregeld, daar waar vermogen beheerd wordt, maar ook waar in ander opzicht, namens de vertegenwoordigden wordt gehandeld.<sup>130</sup>

Meijers verwijst vervolgens naar een regeling voor vertegenwoordiging bij het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst. Hieruit blijkt dat Meijers pragmatisch was en open stond voor innovaties in het wettelijk systeem, maar dat hij een andere weg wenste in te gaan dan die van de fiduciaire eigendom. Belangrijk is vooral dat Meijers blijkt niet terug te deinzen voor een bijzondere regeling in de wet, voor zover nodig om een fiduciaire verhouding adequaat gestalte te geven, hier door middel van een vorm van vertegenwoordiging in ruime zin.

### *Bewind*

Meijers heeft de benadering op basis van de vertegenwoordigingsgedachte uiteindelijk uitgewerkt in het wetsontwerp in de vorm van het bewind, een oud-vaderlandse rechtsfiguur die in verschillende bijzondere vormen altijd deel heeft uitgemaakt van het Nederlandse privaatrecht. Al in zijn recensie uit 1927 noemde Meijers het bewind en stelde hij dat onderbewindstelling van goederen naar zijn mening op ruimere schaal mogelijk was dan werd aangenomen, namelijk niet alleen bij erfrechtelijke beschikkingen, maar bij alle vormen van schenking, ook aan handelingsbekwamen.<sup>131</sup> Enigszins merkwaardig is dat hij in de Algemene begrippen vrijwel geen aandacht aan de figuur van het bewind schenkt.<sup>132</sup>

Het is niet nodig om hier een uitvoerige studie van de algemene figuur van het bewind te maken, zoals deze in het oorspronkelijk ontwerp van

---

rechtsbetrekkingen komen te staan, die in Engeland als trustverhoudingen geconstrueerd worden.

130 Meijers, a.w., 1927, p. 187.

131 Meijers, a.w., 1927, p. 186.

132 Zie wel de karakterisering van het bewind in het kader van het krachtens testament onder bewind gesteld vermogen van een erflater, Algemene Begrippen, p. 193-194.

Het bewind en de daartoe behorende goederen zijn bestemd om de belangen van een of van enkele bepaalde personen te dienen, namelijk van hen, die erfgenamen of legatarissen zijn van het onder bewind gestelde vermogen. Deze personen worden dan ook algemeen als de eigenaars dier goederen aangemerkt.



Meijers was neergelegd, en zoals deze later in de loop van het wetgevingsproces tot ontwikkeling is gekomen.<sup>133</sup> Naast de analyse in § 2.2.3 van de parlementaire stukken inzake het gesloten stelsel van gevallen van onderbewindstelling volstaat hier de vermelding van het kernelement van het bewind: een onderbewindstelling heeft tot gevolg dat het beheer over de onder bewind gestelde goederen aan een bewindvoerder in plaats van aan de rechthebbende tot die goederen toekomt.<sup>134</sup> Dit betekent dat de bevoegdheden tot beheer en beschikking over de onder bewind gestelde goederen binnen de in de wet voor elke vorm van bewind gestelde grenzen toekomen aan de bewindvoerder. De onderbewindgestelde blijft rechthebbende tot de goederen; hierin schuilt het fundamentele verschil met de trust uit het Engelse recht. De bewindvoerder wordt geen rechthebbende van de onder zijn bewind gestelde goederen; hij verkrijgt slechts de in de wet geregelde bevoegdheden met betrekking tot de onder bewind gestelde goederen van een ander.

De bewindvoerder is meer dan gevolmachtigde, die slechts handelt als vertegenwoordiger in naam van de rechthebbende. Het bewind creëert "een verband dat op de goederen ligt", zodat het enige verwantschap heeft met een goederenrechtelijk recht, zij het dat de bewindvoerder niet als rechtssubject is aan te merken. Wel bindt het 'goederenrechtelijke verband' naar zijn aard de goederen, zodat de onderbewindgestelde, anders dan een volmachtgever, het bewind niet kan negeren. De onderbewindgestelde blijft dus rechthebbende van de goederen, maar zijn recht is van rechtswege beperkt en gedeeltelijk verlamd. Één van zijn bevoegdheden als rechthebbende, die tot beschikking vrij van lasten, is toegekend aan een ander, namelijk degene die het bewind over de goederen voert.<sup>135</sup>

---

133 Zie m.n. M.B. de Boer, *Het bewind*, diss. Utrecht, 1982. Zie verder vooral de Nota naar aanleiding van het eindverslag inzake titel 3.6 (1976-1977, no. 3770, stuk no. 12), PG 3, p. 473-483.

134 Zie ontw.-art. 3.6.1.2 van het ontwerp-Meijers, PG 3, p. 491, later sterk gewijzigd neergelegd in ontw.-art. 3.6.1.4b, PG 3, p. 505.

135 TM bij titel 3.6, PG 3, p. 468 "Bij de gewone volmacht staat de persoon van de gemachtigde en de aan deze verleende bevoegdheid om namens de volmachtgever te handelen op de voorgrond. Bij het bewind wordt meer op de goederen, die onder bewind gesteld worden, gelet. Het bewind is een verband, dat op de goederen ligt, onafhankelijk van de persoon die als bewindvoerder optreedt. Het bewind kan op de goederen rusten voordat een bewindvoerder het heeft aanvaard, en wanneer de benoemde bewindvoerder bedankt of overlijdt, blijven desniettemin de goederen onder bewind staan en daarmee aan het beheer van de rechthebbende onttrokken. Ook wanneer de rechthebbende de onder bewind staande goederen kan vervreemden, gaan deze goederen over onder de last van het bewind, natuurlijk met eerbiediging van de rechten die door derden te goeder trouw worden verkregen."

Het is duidelijk dat de rechtsfiguur van het bewind, zoals voorgestaan door Meijers, een alternatief bood voor de overdracht van een recht aan degene die slechts het beheer mag voeren <sup>136</sup> Een overbedeling van rechten en bevoegdheden aan de beheerder zou zo zijn voorkomen, de beheerder zou slechts die bevoegdheden van rechtswege krijgen, die hij zou behoeven voor de uitoefening van zijn beheerstaken. Zij die belang hebben bij het vermogen van de beheerder, zoals zijn schuldeisers en zijn rechtsopvolgers, blijven in de bewindsconstructie geheel buiten beeld. Om hen buiten de poort te houden, zou bij fiduciaire overdracht van het subjectieve recht een bijzondere regeling in de wet moeten worden getroffen of bij gebreke daarvan andere kunstgrepen moeten worden toegepast.

### 7534 Tegentendensen

In het licht van de analyse van de ideeën van Meijers verdienen de voorstellen van Uniken Venema en Aertsen opnieuw aandacht <sup>137</sup> Zij hebben al sinds de presentatie van het ontwerp voor het nieuwe BW krachtig gepleit voor de benadering waarin juist wel een subjectief recht wordt toegekend aan de fiduciair rechthebbende naast een subjectief recht in enigerlei vorm van de belanghebbende. Hiermee wordt het tegenovergestelde voorgesteld van wat Meijers voor ogen stond.

De benadering van Uniken Venema en Aertsen c.s. lijkt een verzwakking van de rechten van de begunstigde te impliceren, aangezien de instelling van de trust ertoe leidt dat hij geen rechthebbende meer is en zelfs niet beperkt gerechtigd. De toekenning van het subjectieve recht aan de fiduciarius betekent in beginsel dat zijn schuldeisers verhaal kunnen nemen op de trustgoederen, dat de trustgoederen vallen in zijn huwelijks-goederengemeenschap en dat de fiduciarius in staat is om de trustgoede-

---

136 De argumenten die met name door Uniken Venema zijn aangevoerd tegen invoering van een algemene regeling van het bewind worden hier niet uiteengezet. Het gaat enerzijds om allerlei technische en praktische kanttekeningen bij de tekst van het oorspronkelijke wetsontwerp en anderzijds om varianten van het argument dat er een trust in Anglo-Amerikaanse stijl moet komen. Uniken Venema is de auteur van grondige uiteenzettingen van het Engelse en het Amerikaanse recht, als voorvechter van de trust genoot hij reeds destijds groot gezag.

137 Zie ook de sterk vergelijkbare voorstellen van o.a. S.C.J.J. Kortmann, *Past de trust in het Nederlandse recht?*, in: *Vertrouwd met de trust*, 1996, p. 169-194; H.L.E. Verhagen, *Trusts in the Civil Law. Making Use of the Experience of Mixed Jurisdictions*, in: *Eur. Rev. Private Law* 2000/3, p. 477-498, en in *Trusts in Mixed Legal Systems*, *Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, deel 12, p. 93-113, en R.D. Vriesendorp, *De Nederlandse trust – het vertrouwen waard!*, in: *Trust en onderneming (Uniken Venema-bundel)*, 2003, p. 151-161.

ren aan derden over te dragen, een en ander conform het basale vermogensrechtelijke regime voor vermogensrechten

Zoals al vermeld, staat hiertegen over dat onderdeel van de voorstellen van Uniken Venema en Aertsen uitmaakt dat de trustgoederen binnen het vermogen van de trustee een afgescheiden vermogen gaan vormen. Hiermee worden de grootste risico's voor de belanghebbende in belangrijke mate weggenomen. De door Meijers beoogde bescherming van de belanghebbende tegen schuldeisers van de fiduciarius wordt zo op een andere wijze gerealiseerd. De voorstellen komen dus op andere wijze tegemoet aan de rechtspolitieke en morele dimensie die verbonden is met de problematiek van gesplitste eigendom ten titel van beheer.

Nog steeds zou echter sprake zijn van een 'overbedeling' van de fiduciair rechthebbende, aangezien hij een volledig recht krijgt, terwijl slechts een exclusieve beheersbevoegdheid bedoeld is. De door vermogensafscheiding gerealiseerde bescherming van de belanghebbende betreft slechts zijn verhouding tot schuldeisers van de fiduciair rechthebbende. De risico's van overbedeling kennen echter nog een andere dimensie: de verhouding tot rechtsopvolgers. Gezien de toekenning van het subjectieve recht aan de fiduciarius zouden de goederen conform de normale regels van het vermogensrecht bij overlijden toevallen aan zijn erfgenamen. Van oudsher gaan in het Engelse recht de fiduciaire verplichtingen van de trustee met de goederen over op de erfgenamen.

Het zal daarom bij eventuele aanvaarding van de voorstellen van Uniken Venema en Aertsen van belang zijn hoe de rechtspositie van de fiduciarius verder gestalte zou worden gegeven. Met het algemene regime van het vermogensrecht kan duidelijk niet worden volstaan. Bijzondere regels en beperkingen zouden nodig zijn, wat betreft de bevoegdheden van de trustee tot beheer en beschikking, wat betreft de overgang van zijn hoedanigheid van fiduciair rechthebbende van de goederen op anderen en wat betreft de beeindiging van zijn positie als fiduciair rechthebbende en de gevolgen van beeindiging voor eventuele vermogensovergang van de trustgoederen.

Aertsen vermeldt de ontwerp-regeling in de Antillen voor aanvulling van boek 3 BW met bepalingen inzake trusts. Daaruit blijkt dat de positie van de trustee in alle opzichten gereguleerd en beperkt is. Het enige wat de Antilliaanse trust werkelijk onderscheidt van het bewind is het in de wettelijke definitie van de term trust opgenomen kenmerk dat de trustee rechthebbende is tot het trustvermogen. Alle andere vermogensrechtelijke aspecten van het zijn van rechthebbende tot een vermogensrecht zijn verdrongen door bijzondere regelingen inzake vermogensscheiding, bevoegdheden, verkrijging en beeindiging.

Men kan zich afvragen wat dan nog het verschil is met de rechtsfiguur van het bewind, wanneer deze regeling de ruimte zou bieden om ervan gebruik te maken in alle soorten gevallen waarin behoefte bestaat aan een trust-achtige figuur. Cru gezegd: de ontwerp-regeling voor de Antillen zou een stuk korter kunnen zijn, als slechts een regeling zou behoeven te worden gegeven voor de bijzondere wettelijke bevoegdheden van een bewindvoerder. Alle bepalingen die de ongewenste vermogensrechtelijke gevolgen van toekenning van het vermogensrecht aan de fiduciarius moeten onderdrukken, zouden kunnen worden weggelaten. Het is - naar de geest van Meijers - daarmee de vraag of de voorgestelde wettelijke structuur vanuit het perspectief van wetgevingstechniek wel doelmatig is.<sup>138</sup>

#### 754 Zekerheid in trust

##### 7541 De trusthypotheek

De term trust heeft ook in de Nederlandse rechtspraktijk en literatuur oude wortels. Aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw kwamen in Nederland de zogenaamde trusthypotheek en het trustpand tot ontwikkeling.<sup>139</sup> Deze zekerheden secureerden vorderingen neergelegd in makkelijk verhandelbare obligaties. De schuldeisers zijn dan anoniem, talrijk en steeds wisselend, zodat zij niet zelf zekerheidsgerechtigden kunnen zijn. Daarom werden zekerheden verstrekt aan bijvoorbeeld een bank, die als trustee fungeerde - en zo werd aangeduid - door de zekerheden te houden en beheeren ten behoeve van de massa van ook aan haar onbekende obligatiehouders. Krachtens overeenkomst met de kredietnemer kwamen aan de trustee eigen beheersbevoegdheden toe ten behoeve van de massa kredietverschaffers. De trustee werd niet gezien als gevolmachtigde van de schuldeisers, maar als beheersbevoegde ten behoeve van anderen.

Deze trustverhouding werd in het maatschappelijk verkeer algemeen aanvaard, aangenomen werd dat het ging om een rechtsinstituut dat tot het positieve recht behoorde. Ook Meijers achtte de figuur van de trusthypotheek kennelijk geaccepteerd en acceptabel. In zijn ontwerp nam hij voor de trusthypotheek een bijzondere bepaling op (3943).

138 Uniken Venema, NTBR 2005/7, p. 332 l k, stelt uitdrukkelijk dat ook het bewind alsnog in titel 3.6 BW zou moeten worden geregeld, naast de door hem beoogde regeling Engelse stijl voor de trust. Zo vermoedelijk ook Aertsen, diss., § 5.2.4. Vgl. reeds M. H. Bregstein, *Hand. NJV 1956-II*, p. 51, ook in *Verzameld Werk I*, p. 82-83.

139 Zie C. J. H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht*, oratie KUN, 1998, m. n. p. 25-30.

'1 Een hypotheek kan worden gevestigd ten behoeve van houders van obligaties op naam of aan toonder in een geldlening, mits in de akte een of meer bepaalde personen genoemd worden, die als bewindvoerders deze houders vertegenwoordigen.

2 Voor zover de bevoegdheid van deze bewindvoerders bij de akte niet is beperkt, oefenen zij volledig de rechten van schuldeisers uit.'

Hierin is de duidelijk de door Meijers voorgestane benadering te herkennen: het zekerheidsrecht komt te staan op 'naam' van de degenen die werkelijk belang hebben bij dat recht, ook al kunnen zij slechts generiek als obligatiehouders worden aangeduid. De bevoegdheid tot uitoefening van het zekerheidsrecht is echter van rechtswege toegekend aan degene die de onder bewind gestelde zekerheden beheert. Zo wordt bewerkstelligd dat geen splitsing plaatsvindt tussen het zekerheidsrecht en het belang daarbij; beide berusten bij de obligatiehouders. De instelling van het bewind brengt wel mee dat aan de bewindvoerder exclusieve bevoegdheden met betrekking tot de zekerheden toekomen, niet meer en niet minder dan rechtens nodig is en zoals afgebakend in de akte van vestiging van de zekerheden. De trustee wordt in deze benadering dus niet zelf de recht-hebbende van de zekerheden, zodat alle normale regels van het algemene vermogensrechtelijke regime, zoals die inzake vatbaarheid van het recht voor overdracht en beslag, en die inzake overgang aan rechtsopvolgers, buiten toepassing blijven. Om deze redenen was de rechtsfiguur van het bewind een doelmatige wijze om de trusthypotheek te regelen en zo van een deugdelijke wettelijke grondslag te voorzien.

De ontwerp-bepaling voor de trusthypotheek is gedurende het wetgevingsproces verruimd om ook het trustpand binnen de reikwijdte van de bepaling te brengen, en in verschillende opzichten geherformuleerd.<sup>140</sup> Toen de vaststelling van titel 3.6 BW inzake bewind werd opgeschort, kon ook de ontwerp-bepaling voor de trustzekerheden, gezien de daarin gekozen bewindsstructuur, niet worden ingevoerd. Daarom wordt nu gebruik gemaakt van een extra laag met rechtspersoonlijkheid<sup>141</sup>: een *special purpose vehicle*, meestal een stichting indien beheerst door Nederlands recht, treedt op als leninggever en zekerheidsnemer. De spv geeft vervolgens obligaties aan de werkelijke financiers uit.

140 Zie ontwerp-art 3.9 1.5a, PG 3, p. 738, dat als art 3.232 in de wet zou zijn terechtgekomen

141 Zie over het gebruik van rechtspersoonlijkheid ter vermijding van de complicaties van het goederenrechtelijke systeem nader § 8 2.3.

## 7542 Syndicaatszekerheden

In de moderne rechtspraktijk blijkt grote behoefte te bestaan aan een trustachtige constructie in het kader van gesyndiceerde geldleningen. Een 'security trustee' is nuttig, onder andere omdat het beheer van het zekerheidsrecht, inclusief verhaalsexecutie, makkelijker door één trustee dan door alle schuldeisers gezamenlijk kan worden gevoerd en omdat het toen uittreden van banken mogelijk wordt zonder dat het eventuele gemeenschappelijke zekerheidsrecht steeds vernieuwd hoeft te worden.<sup>142</sup>

In de meest zuivere variant is de zekerheidsgerechtigde niet tevens een van de crediteuren van de zekerheidsverlener. De zekerheidsgerechtigde trustee wordt in dat geval geacht zijn zekerheidsrecht uit te oefenen tot zekerheid van betaling van louter andermans vorderingsrechten. Het subjectieve recht berust dus bij de een, de trustee, het belang bij dat zekerheidsrecht bij een ander, de schuldeiser. Men spreekt in dit kader van splitsing aan actieve zijde, omdat het zekerheidsrecht van het vorderingsrecht wordt gescheiden.<sup>143</sup> Deze splitsing wordt in een deel van de doctrine gezien als een afwijking van het uitgangspunt dat zekerheidsrechten accessoir zijn aan het gecureerde vorderingsrecht. De trustzekerheid in de meest zuivere vorm wordt daarom door sommigen geacht in strijd te zijn met het geldende zekerhedenrecht.<sup>144</sup> Juist om deze reden worden gecompliceerde constructies opgetuigd, waarin de security trustee zelf ook tot mede-schuldeiser in een of andere vorm wordt gemaakt.

In respons op de vanuit de rechtspraktijk breed geuite klacht dat het zekerhedenrecht niet voldoet aan de behoeften in het rechtsverkeer, heeft W. Snyders de accessoriteit van zekerheidsrechten gebagatelliseerd.

142 Zie o.a. B.J.M.A. Meesters, De trustee als houder van zekerheidsrechten, in: *Vertrouwd met de trust*, 1996, p. 395-418; A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, *Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten*, 2<sup>e</sup> druk 1998, § 2.3.4; F. Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen*, Mon. Nieuw BW B-11, 1999, § 19; Asser-Mijnssen-De Haan 3-I (2001), nr. 482; A.C.F.G. Thiele, *Collectieve zekerheidsarrangementen: de security trustee als verzekerde crediteur*, *Ondernemingsrecht* 2001/15, p. 456-463; en A.C.F.G. Thiele, *Collective Security Arrangements*, diss. Nijmegen, 2003; H.W. Heyman, *De geldigheid van de syndicaatshypotheek bezien door de advocaat van de duivel*, in: *Onzekere zekerheid*, *Insolventiairboek* 2001, p. 187-197, en verder S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, *Zekerheidsrechten op naam van een trustee*, WPNR 6459 en 6460 (2001).

143 Splitsing aan passieve zijde is ongetwijfeld mogelijk: de laatste zin van art. 3:231 lid 1 BW laat uitdrukkelijk toe dat het zekerheidsrecht wordt verleend voor de schuld van een ander.

144 Aldus uitdrukkelijk Van Mierlo en Polak, a.w., p. 22. Zie ook Meesters, a.w., p. 400-402, met pleidooi voor het tegendeel.

"De moeilijkheid zit hier in een stroming in de literatuur die meent dat geen zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd voor een vordering van een ander dan de zekerheidsnemer. (...) Naar mijn mening bewijst deze stroming teveel eer aan het accessoriteitsbeginsel bij zekerheidsrechten. Men pleegt die rechten inderdaad te zien als voorbeelden van de figuur van het afhankelijke recht. De vraag is dus eigenlijk hoe hinderlijk het accessoriteitsbeginsel hier is. (...) Wie betoogt dat geen zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd voor een bestaande of toekomstige vordering van een ander dan de zekerheidsnemer, omdat daarvoor een wettelijke basis nodig zou zijn, draait de zaak om en miskent de openheid van het vermogensrecht. De vraag is of er een duidelijke wettelijke uitsluiting is. Bovendien valt te bedenken dat zekerheidseigendom oude stijl geen afhankelijk recht was en dat de zekerheidsrechten nieuwe stijl ertoe strekken hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom mogelijk te maken."<sup>145</sup>

De problematiek van splitsing aan actieve zijde wordt hier gereduceerd tot een typisch aspect van het zekerhedenrecht.

Het is merkwaardig dat de problematiek van trustzekerheden bij syndicaatsleningen niet uitdrukkelijker wordt beoordeeld vanuit het perspectief van de fiducia cum amico en de splitsing van beheer en belang. De zekerheidsgerechtigde oefent in de Engelse trustbenadering immers een eigen recht uit ten behoeve van een ander. Met accessoriteit heeft het probleem dan weinig van doen. Wel voorkomt accessoriteit dat bij cessie van de gecureerde vordering een splitsing aan actieve zijde ontstaat. Accessoriteit is dus hoogstens een afgeleide van het meer principiële debat over de onwenselijkheid van splitsing van beheer en belang.

Hier geldt niets anders dan is uiteengezet in het kader van de trust: toekenning van het zekerheidsrecht aan de trustee zelf noodzaakt tot het maken van uitzonderingen op het algemene rechtsregime voor vermogensrechten. Dit betekent dat bijzondere regels moeten worden gemaakt voor de overgang van het zekerheidsrecht op rechtsopvolgers van de trustee en vooral dat in een vorm van vermogensscheiding moet worden voorzien, zodat bijvoorbeeld de opbrengst van de zekerheden buiten het bereik van schuldeisers van de trustee blijft.<sup>146</sup>

---

145 W. Snijders, De openheid van het vermogensrecht, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 27-58, § 5 (Zekerheden ten behoeve van een bank-syndicaat), p. 33 en 34. De visie van Snijders over het open stelsel van het vermogensrecht wordt besproken in § 9.4.3 en 4.

146 A.C.F.G. Thiele, *Collective Security Arrangements*, diss. Nijmegen, 2003, nr. 622 en p. 273, doet een voorstel voor een wettelijke bepaling voor collectieve zekerheidsarrangementen. In lid 2 daarvan is inderdaad voorzien in een verplichting tot vermogensscheiding door middel van een kwaliteitsrekening. Ook vrijwel alle andere auteurs pleiten voor de aanvaarding van het afgescheiden vermogen buiten de nu in de wet geregelde gevallen. Zie over het afgescheiden vermogen § 7.6.

Beoogd is dat de security trustee exclusieve bevoegdheden krijgt ten aanzien van het beheer en de uitwinning van zekerheden. De situatie bij gesyndiceerde leningen verschilt wat dit betreft niet wezenlijk van die bij de hierboven besproken trusthypotheek ten behoeve van obligatiehouders en meer algemeen van die bij alle vormen van trust. De door Meijers beoogde regeling op basis van de rechtsfiguur van het bewind had waarschijnlijk ook hier een bevredigend kader kunnen bieden.<sup>147</sup>

### 7.5.5 De kwaliteitsrekening

De kwaliteitsrekening is een rechtsfiguur die pleegt te worden aangemerkt als een vorm van splitsing van recht en belang. De rekeninghouder oefent zijn rechten en bevoegdheden uit ten behoeve van een ander. Het rekeningtegoed mag niet vatbaar zijn voor verhaal door de schuldeisers van de rekeninghouder. De rechtsgeldigheid van dit arrangement is jarenlang gebaseerd op een obiter-overweging in het arrest Slis-Stroom uit 1984.<sup>148</sup> Sindsdien werd aangenomen dat een rekeningtegoed dat in hoedanigheid ten behoeve van een derde wordt aangehouden een afgescheiden vermogen vormde waarvan de rekeninghouder de rechthebbende ten titel van beheer is.

Inmiddels is de kwaliteitsrekening voor sommige beroepsgroepen wettelijk geregeld. In het op 1 oktober 1999 in werking getreden art. 25 Wet op het notarisambt, in titel III over de uitoefening van het notarisambt, en in het op 15 juli 2001 in werking getreden art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet is een regeling van de kwaliteitsrekening opgenomen. Hierin worden de belanghebbenden gezamenlijk als rechthebbende tot het tegoed op een kwaliteitsrekening aangemerkt, ook al is de rekening op naam van de

147 In de recente literatuur over de trusthypotheek en over gesyndiceerde zekerheden wordt slechts weinig aandacht besteed aan de bewindsfiguur Thiele, diss., nrs 606-612, bespreekt het bewind wel. Zij komt tot de conclusie dat het bewind als versterkte vorm van vertegenwoordiging krachtens lastgeving veel van de door haar gesignaleerde problemen en onzekerheden wegneemt. Wel noemt zij in no 611 twee resterende onzekerheden. Onduidelijk zou zijn wat geldt wanneer later een nieuwe kredietverstrekker toetreedt tot het syndicaat, wellicht met uitbreiding van het krediet, en verder wat geldt als de ene kredietverstrekker zijn participatie overdraagt aan een ander en deze overneming (naar buitenlands recht) zou worden aangemerkt als novatie. Deze tweede onduidelijkheid betreft in het algemeen de problematiek van zekerheden, ook zonder dat daarbij een trust-achtige constructie wordt gehanteerd. De eerste onzekerheid kan juist met een beroep op de oude trusthypotheek ten bate van anonieme en wisselende obligatiehouders werden weggenomen.

148 HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m nt WMK, in § 2.3.5 geciteerd. Zie over de kwaliteitsrekening vooral A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, diss. Nijmegen, 2005.



notaris gesteld. De beheersbevoegdheden van de belanghebbenden zijn van rechtswege toegedeeld aan de rekeninghouder, die in feite en in rechte als exclusief en privaat vertegenwoordiger van de gezamenlijke belanghebbenden optreedt. Deze vertegenwoordigingsrelatie moet echter naar mijn mening niet worden geduid als een rechtsverhouding waarop afdeling 7.7.2 BW over de overeenkomst van lastgeving van toepassing is.<sup>149</sup> De exclusieve en privatieve bevoegdheden van de kwaliteitsrekeninghouder steunen rechtstreeks op de wet.<sup>150</sup> Hierdoor zijn ze sterker dan de bevoegdheden van een lastgever. Voor uitleg van de reikwijdte en het voortbestaan van de bevoegdheden van de kwaliteitsrekeninghouder is niet de wettelijke regeling van de overeenkomst van lastgeving maatgevend, maar de bevoegdheden die in bijzondere wettelijke gevallen en in de ontwerpregeling voor titel 3.6 aan een bewindvoerder toekomen.

149 Anders: Steneker, diss., § 6.2.3, met verwijzing in noot 14 naar MvT (d.d. 3 mei 1994), 23 706, nr. 3, p. 30. Deze passage betreft een algemene analyse van een kwaliteitsrekening, waarin is besproken hoe kan worden bereikt dat de notaris in eigen naam bevoegd is te beschikken over de gelden op de kwaliteitsrekening. De MvT vermeldt dat niet nodig is de notaris zelf rechthebbende te maken van het tegood, omdat zijn bevoegdheid tot beschikken ook gebaseerd zou kunnen worden op een overeenkomst van lastgeving. In de toelichting op de afzonderlijke leden van de ontwerpregeling is de lastgevingsovereenkomst verder niet meer vermeld, behalve daar waar is vermeld dat de privatieve toekenning van de bevoegdheid aan de notaris betekent dat de rechthebbende geen beroep kan doen op (thans) art. 7:420 BW. Opvallend is in de MvT veelvuldig gerefereerd aan de regeling in de Wge van de bevoegdheden ten aanzien van een aandeel in een verzameldepot. De regelingen in de Wge en in art. 25 Wna zijn te beschouwen als *leges speciales* ten opzichte van titel 3.7 BW inzake gemeenschap. In HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 m.nt. HJS, JOR 2001/50 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker (Koren q.q./Tekstra q.q.), r.o. 3.3, is overwogen dat de notaris blijkens art. 25 Wna "als lasthebber van de gerechtigden" bevoegd is tot beheer en beschikking, maar deze - m.i. ongelukkige - kwalificatie dwingt niet tot toepassing van de regels uit afdeling 7.7.2 BW.

150 Vgl. TM bij ontw.-art. 3.6.1.2, PG 3, p. 491: "Dit artikel vermeldt het karakteristieke gevolg van een onderbewindstelling. het bewind komt toe aan een of meer bewindvoerders met uitsluiting van de rechthebbenden zelf. Door deze laatste werking onderscheidt zich het bewind van een opdracht tot beheer krachtens lastgeving; de opdrachtgever blijft ondanks de lastgeving zelf tot beheer en beschikking bevoegd. Door dit gevolg wordt tevens bereikt dat het bewind ook dan zijn werking doet gelden, wanneer een bewindvoerder ontbreekt; de onbevoegdheid van de gerechtigde om het bewind te voeren, is dan desniettemin aanwezig." Zie ook W. Snijders, *Trustverdrag en Nederlands materieel recht*, in: *Grensoverschrijdend privaatrecht* (Van Rijn van Alkemadebundel), 1993, § 9: "De vergelijking met de last met privatieve werking aan de notaris om op eigen naam voor de rechthebbende jegens de bank op te treden dringt zich op. Maar de regeling gaat iets verder, omdat er niet goed van kan worden uitgegaan dat de verhouding tussen notaris en derde steeds contractueel van aard is. Ook dat is een belangrijke reden waarom aan een wettelijke basis niet goed te ontkomen valt."

Doordat de in de wet aan de kwaliteitsrekeninghouder toegekende bevoegdheden met betrekking tot de vordering op de kredietinstelling niet een subjectief vermogensrecht vormen, is het rechtsregime dat aan deze kwalificatie is verbonden, niet van toepassing. De rechten en de bevoegdheden van de kwaliteitsrekeninghouder zijn dus niet vatbaar voor overdracht, beslag, vererving en dergelijke. Verder gaan bij een faillissement van een bewindvoerder of een notariële kwaliteitsrekeninghouder de bevoegdheden niet over op de faillissementscurator, aangezien de wettelijke bevoegdheden van een faillissementscurator in beginsel beperkt zijn tot vermogensbestanddelen van de gefailleerde zelf. Voor het geval dat de notaris faillieert, voorziet de Wet op het notarisambt in een bijzondere regeling: het faillissement heeft van rechtswege schorsing van de notaris in de uitoefening van zijn ambt tot gevolg en zijn taken en bevoegdheden worden overgenomen door de waarnemer.<sup>151</sup> Deze bijzondere regeling betekent naar mijn mening dat de wettelijke regel in art. 7:422 BW dat faillissement van een lasthebber of van een lastgever van rechtswege de lastgevingsverhouding beëindigt, niet van toepassing is, zelfs niet als de regeling van de overeenkomst van lastgeving van toepassing zou zijn op de verhouding van de belanghebbenden tot de notaris.<sup>152</sup>

De wettelijke vormgeving van de kwaliteitsrekening past helemaal in de lijn van de benadering van Meijers, die ten grondslag is komen te liggen aan het hele systeem van het nieuwe vermogensrecht. Meijers beschouwde het als een teken van vooruitgang ten opzichte van het Engelse trustrecht wanneer het subjectieve recht aan de belanghebbende zelf wordt toegekend, zodra de rechtspositie van de fiduciarius in die zin dient te worden beknot, dat zijn recht niet overdraagbaar, overerfelijk en vatbaar is voor verhaal door zijn schuldeisers.<sup>153</sup> De bevoegdheden van de

151 Zie de Nota naar aanleiding van het nader verslag bij art. 25 Wna (d.d. 29 augustus 1997), 23 706, nr. 12, p. 27, nog anders en vermoedelijk onjuist de Nota naar aanleiding van het verslag (d.d. 25 juni 1996), nr. 6, p. 45 en 46, waar een taak aan de curator in het faillissement van de notaris werd toebedacht. Vgl. de regeling voor bewind in art. 1:448 BW en in ontw.-art. 3:61:13 is bepaald dat de taak van de bewindvoerder eindigt door zijn dood of faillietverklaring. Het zou in een dergelijk geval krachtens ontw.-art. 3:61:13 lid 2 aan de zogenaamde boedelrechter zijn geweest om een tijdelijke bewindvoerder te benoemen. W. Snyders, TvI 1999/7, p. 154, meent dat het praktisch is om bij gebreke van een bijzondere regeling wel aan de curator in het faillissement van de kwaliteitsrekeninghouder de taak te geven de rekening te beheren en af te wikkelen.

152 Anders Steneker, diss., § 6.3.2 en 8.2.1 op p. 256. Daarom ten onrechte betoogt Steneker o.a. op p. 261 dat de wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening op deze grond niet deugt. Steneker bepleit een algemene regeling van de kwaliteitsrekening op basis van een trust-achtige constructie, waarbij het rekeningtegoed valt in een afgescheiden vermogen van de rekeninghouder.

153 De algemene begrippen van het burgerlijk recht, 1947, p. 81 en 89.

fiduciarius met betrekking tot een goed behoren volgens Meijers dan niet langer te worden aangemerkt als een eigen subjectief recht. De kwaliteitsrekening was voor Meijers een vorm van bewind.<sup>154</sup>

Op de door de wetgever gekozen constructie voor de vormgeving van de kwaliteitsrekening is in de literatuur veel kritiek uitgeoefend, ook door mij zelf.<sup>155</sup> Bij nader inzien en gelet op de beschouwingen van Meijers is de constructie echter goed te verdedigen.<sup>156</sup> Zoals in dit hoofdstuk al verschillende malen is geconstateerd, dwingt de alternatieve constructie waarin de rekeninghouder zelf als rechthebbende wordt aangemerkt, tot beperkingen van het algemene regime van het vermogensrecht, in het bijzonder de aanvaarding van een afgescheiden vermogen van de kwaliteitsrekeninghouder. De gekozen benadering waarin aan de rekeninghouder alleen die bevoegdheden worden toegekend die hij nodig heeft voor de uitoefening van zijn beheerstaak, is vanuit het oogpunt van wetgeving doelmatiger en biedt bovendien aan de belanghebbenden meer bescherming.

De wet is dus bepalend voor de toekenning van de bijzondere bevoegdheden met betrekking tot een goed van een ander en de omvang van die bevoegdheden. Dit accent op de wet betekent overigens wel dat zonder wettelijke regeling weinig ruimte bestaat om de kwaliteitsrekening in het algemeen voor eenieder te aanvaarden. In het ProCall-arrest uit 2003 heeft de Hoge Raad dan ook het hoofd gebogen voor de wetgever door de regeling van de notariële kwaliteitsrekening alleen analogisch toepasselijk te achten op kwaliteitsrekeningen aangehouden door met notarissen vergelijkbare beroepsgroepen zoals advocaten en accountants, maar niet in het algemeen op door anderen aangehouden kwaliteitsrekeningen.<sup>157</sup>

---

154 Algemene begrippen, p. 193, in het kader van de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan een afgescheiden vermogen. "Op gelijke wijze vorm ook de voor een gerechtelijke rangregeling onder schuldeisers of andere personen ter griffie der rechtbank of elders gestorte geldsom een afgezonderd vermogen, hetwelk niet aansprakelijk is voor de schulden van de beheerder. Ook in dat geval is de bestemming dezer geldsom - een eenmalige verdeling - beletsel om meer dan een bewind over vreemd vermogen, om een rechtspersoon aan te nemen."

155 Kritisch over de door de wetgever gekozen constructie: mijn bijdrage aan WPNR 6241 (1996), p. 752-754; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, WPNR 6303 (1998), p. 137-145; de literatuur vermeld in de annotatie in NJ 2001, 630; en verder Steneker, diss.

156 Zie met name W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997. Dit opstel vormde de basis voor Nota naar aanleiding van het nader verslag bij art. 25 Wna (d.d. 29 augustus 1997), 23 706, nr. 12, p. 26.

157 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 m.nt. WMK, JOR 2003/209 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker. Naar mijn mening komt ook de rekening die een bewindvoerder in ge-

### 7.5.6 De hoogste tijd voor titel 3.6 BW

Hoe meer men kennis neemt van de benadering van fiduciaire verhoudingen door Meijers en van zijn ontwerp voor titel 3.6 inzake het bewind, des te meer kan men zich erover verbazen dat het BW kan functioneren zonder de voorziene bewindsfiguur. In verschillende opzichten vormde de algemene regeling van het bewind een essentieel en voor de hand liggend sluitstuk van het vermogensrecht. Het meest pregnant blijkt de lacune bij collectieve zekerheden en beleggingsfondsen, de twee belangrijkste gevallen waarin met volmacht en lastgeving niet kan worden volstaan, zodat behoefte bestaat aan de mogelijkheid om aan een beheerder een exclusieve beheersbevoegdheid toe te kennen.

Niet of nauwelijks vermeld in het voorgaande zijn de minder bekende toepassingen die voor de bewindsfiguur waren voorzien. Reeds in het ontwerp van Meijers was de mogelijkheid van het crediteurenbewind opgenomen.<sup>158</sup> Schuldeisers die reden hadden om te vrezen dat de schuldenaar onzorgvuldig omging met het voor verhaal aan hen beschikbare vermogen, konden verzoeken om onderbewindstelling van één of meer goederen. Hiermee konden zij hun verhaalspositie veiligstellen. Het crediteurenbewind vormde een fraai complement van het 'algemene pandrecht' dat alle schuldeisers is toegekend in art. 3:276 BW.<sup>159</sup> Het zou schuldeisers al in een vroeg stadium, voordat sprake is van insolventie, een mogelijkheid bieden om invloed uit te oefenen op de gang van zaken in een door hen gefinancierde onderneming.<sup>160</sup>

---

val van onderbewindstelling van goederen ter bescherming van een meerderjarige moet openen krachtens art. 1:436 lid 4 BW in aanmerking voor analogische toepassing van de regeling in art. 25 Wna.

- 158 Zie lid 2 van ontw.-art. 3.6.1.14c, PG 3, p. 533, en vooral de Nota naar aanleiding van het eindverslag inzake titel 3.6 (1976-1977, no. 3770, stuk no. 12), sub 6, PG 3, p. 477.
- 159 Een bewindvoerder bij een crediteurenbewind vertoont enige gelijkenis met de administrative receiver uit het Engelse zekerhedenrecht, een vertegenwoordiger van de gerechtigde tot een floating charge, eveneens een soort algemeen pandrecht op meestal het gehele vermogen van een onderneming. Zie over de administrative receiver o.a. Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2<sup>e</sup> druk 1997, hoofdstuk 9.
- 160 Zie ontw.-art. 3.6.1.14c, PG 3, p. 533, en verder de Nota naar aanleiding van het eindverslag inzake titel 3.6 (1976-1977, no. 3770, stuk no. 12), sub 6, PG 3, p. 477: "Het gaat er bij dit bewind om dat aan de rechthebbende wiens goederen - vaak geëxploiteerd in de door hem gedreven onderneming - door een of meer van zijn schuldeisers dreigen te worden uitgewonnen, de mogelijkheid gegeven wordt tot sanering van deze onderneming onder leiding van een bewindvoerder, hetgeen uiteraard met een door deze schuldeisers gegeven uitstel van betaling gepaard zal moeten gaan. Op deze wijze kan wellicht een faillissement worden voorkomen in

Het ontwerp kende ook verschillende mogelijkheden tot instelling van een bewind in het belang van een ander dan de rechthebbende.<sup>161</sup> Het gaat daarbij vooral om de goederenrechtelijke verhoudingen die in § 6.7 aan de orde zijn geweest, namelijk tussen moedergerechtigde en beperkt gerechtigde. Wanneer de moedergerechtigde reden had om te vrezen dat de beperkt gerechtigde niet goed met het bezwaarde goed omging, en vice versa, bestond de mogelijkheid om het goed onder bewind te laten stellen. Hetzelfde gold voor degene aan wie onder opschortende voorwaarde is geleverd. Alleen voor het recht van vruchtgebruik voorziet de wet in art. 3:221 BW nu in de mogelijkheid van onderbewindstelling van een vruchtgebruik op verzoek van de hoofdgerechtigde. Verder is onderbewindstelling van een gemeenschappelijk goed als bedoeld in titel 3.7 BW mogelijk bij gebreke van een overeenkomsten tussen de deelgenoten inzake het gebruik, het genot en het beheer.<sup>162</sup>

De figuur van het bewind zou in de vele situaties waarvoor uiteindelijk geen bijzondere regeling is getroffen, uitermate nuttig kunnen zijn. Nu moet een beroep worden gedaan op noties als misbruik van bevoegdheid en de redelijkheid en billijkheid die door sommigen ook van toepassing worden geacht op goederenrechtelijke verhoudingen. Door niet-invoering van titel 3.6 BW is men dus nog zwaarder gaan moeten leunen op de redelijkheid en billijkheid, met alle nadelen van dien.<sup>163</sup> Bij gebreke van een onafhankelijke bewindvoerder, met helder in de wet afgebakende bevoegdheden, worden de goederenrechtelijk gerechtigden gedwongen tot schizofrenie en moeten zij zelf mede de belangen van de ander te behartigen.

Al met al verdient het aanbeveling nog eens goed te kijken naar het ontwerp voor titel 3.6 BW en werk te maken van invoering van een algemene regeling van het bewind in het Nederlandse vermogensrecht.<sup>164</sup> Bewind vormt het logische en nuttige complement van vooral de goederenrechtelijke rechten. Nu is er een ernstige lacune, waarvan men zich be-

---

gevallen die zich niet lenen voor surséance van betaling, omdat de daaraan verbonden publiciteit - zoals vaak het geval is - een faillissement veeleer zou verhaasten."

161 Zie de Nota, a.w., sub 4, PG 3, p. 476.

162 De MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 4, vermeldt verder de onderbewindstelling ter uitoefening van het pandrecht van certificaathouders krachtens art. 3:259 lid 3 BW en onderbewindstelling krachtens art. 710 Rv als middel ter bewaring van een recht op een goed waarover een geschil bestaat.

163 Zie verder § 9.3.3.

164 Zie de voorzet gedaan door W. Snyders, Nog een duit in de zak van de trust, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, § 7, p. 99-101.

wust is in de financieringspraktijk, maar die ook doorwerkt in gewone boek 3 en boek 5 gevallen. Titel 3.6 is de open wond van het BW.

En de trust? Trust en bewind: het is een kwestie van doelmatigheid. In de hypothese dat het bewind alsnog wordt ingevoerd, wordt de vraag of daarnaast nog behoefte bestaat aan de trust Engelse stijl. De ruime definitie in het Haags Trustverdrag waarborgt erkenning in het buitenland, ook wanneer ervoor zou worden gekozen om de beheersverhouding te regelen als bewind.<sup>165</sup> Onderzocht zou moeten worden of in de internationale financieringspraktijk een noodzaak bestaat om gebruik te kunnen maken van 'title-based trustfiguren'. Zou dat het geval zijn - ook noodzaak is een betrekkelijk begrip, waaronder niet ook onwil en onkunde van Amerikaanse investment bankers zouden moeten worden geschaard -, dan rest nog de vraag of in dergelijke gevallen kan worden gewerkt met een rechtskeuze voor een buitenlands rechtstelsel. Het Haagse Trustverdrag biedt hiervoor in internationale gevallen mogelijkheden. Uiteraard is een vlucht in het IPR niet de koninklijke weg.<sup>166</sup> In de hypothese dat is voorzien in een adequate regeling van het bewind, zou het echter vermoedelijk nog maar om een klein aantal gevallen gaan.

Rekening moet nog worden gehouden met het heil uit Brussel. Gezien het belang voor het internationale kapitaalverkeer is de kans groot dat communautaire regelgeving zal dwingen tot invoering van een trust-achtige figuur. Het valt niet te voorzien of de Europese regelgever ruimte zal laten voor invoering van de trust in de vorm van het bewind. Één van de fundamenteën van de Europese eenwording is respect voor elkaars gebruiken en tradities, dat gestalte krijgt in de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Om deze reden zou voor een Europese regeling de functionele benadering moeten worden gekozen, waarbij wordt volstaan met functionele beschrijving van de kerneigenschappen en bevoegdheden. Wie formeel rechthebbende is, behoeft geen kerneigenschap te zijn.<sup>167</sup> Als

165 Zie o a H L E Verhagen, Het Haagse Trustverdrag, in *Vertrouwd met de trust*, 1996, § 3.2

166 A.V M Struycken, Verslag NVIR, nr. 88, mei 1984, p. 20. "Een IPR-verdrag is ook niet het geschikte middel om het weerbarstige systeem open te breken. De koninklijke weg is de aanpassing van het interne Nederlandse recht zó dat de trustfiguur daarin wel past, voorzover, Umdeutung, niet reeds tot een aanvaardbaar resultaat leidt"

167 Zie de omschrijving van de trust in het Haagse Trustverdrag, art. 2 lid 2. 'Een trust heeft de volgende kenmerken. a. de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee, b. de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee, c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming

de bevoegdheden van de trustee goed zijn afgebakend en ook overigens wordt aangegeven welke vermogensrechtelijke rechtsgevolgen toepasselijk moeten of mogen zijn, is het om het even hoe de in te voeren figuur wetssystematisch wordt ingebed. Er ontstaat dan ruimte voor zowel de trust Engelse stijl als het bewind en vergelijkbare rechtsfiguren in andere lidstaten. Zo zou iedere lidstaat de eigen wetssystematische en dogmatische traditie kunnen voortzetten zonder dat het internationale rechtsverkeer nog werkelijk wordt gehinderd door onzekerheid over de erkenning van een trust-achtige figuur in de andere lidstaten.

## **7.6 Het afgescheiden vermogen als vorm van splitsing**

### *7.6.1 Verschijningsvormen*

Het ligt voor de hand om de rechtsfiguur van een afgescheiden vermogen in verband te brengen met de numerus clausus, maar bij nader inzien blijkt het moeilijk om precies aan te geven op welke wijze de numerus clausus in het geding is. Het gaat in abstracto om een bijzonder goederenrechtelijk verband, waarbij het accent ligt op een algemeenheid van goederen en niet op specifieke vermogensbestanddelen zoals bij de goederenrechtelijke rechten.<sup>168</sup> Het afscheiden vermogen lijkt te maken te hebben met de wijzen waarop men rechthebbende tot een goed kan zijn, met splitsing van een vermogensrecht, met beperking van de bevoegdheden van een rechthebbende en met de mogelijkheden om in niet in de wet geregelde gevallen een afgescheiden vermogen te creëren.

Afscheiding van vermogen is in de wet nergens uitdrukkelijk geregeld, afgezien van een incidentele verwijzing naar vermogensscheiding zonder

---

met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of er over te beschikken.' Deze omschrijving verschilt op een wezenlijk punt van die in Article I(1) van de Principles of European Trust Law, Hayton, Kortmann en Verhagen (eds), 1999: 'In a trust, a person called the "trustee" owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the "trust fund") for the benefit of another person called the "beneficiary" or for the furtherance of a purpose.' Het gebruik van de term ownership voor de relatie van de trustee tot het trustvermogen, hoe ook uitgelegd, beperkt sterk de reikwijdte van deze uniforme 'principles'.

- 168 De term 'vermogen' is geen wettelijk begrip; bijvoorbeeld in art. 3:80 BW staan de individuele vermogensbestanddelen centraal. Bovendien omvat een vermogen naar de gangbare opvattingen naast activa ook passiva, zoals ook voortvloeit uit de wettelijke omschrijving van de term 'eigen vermogen' in art. 2:373 BW. De term 'vermogen' impliceert dan wellicht een keuze ten aanzien van de vraag of ook de op de afgescheiden vermogensbestanddelen betrekking hebbende schulden afgescheiden worden van de overige passiva.

nadere vormgeving.<sup>169</sup> De rechtsfiguur vloeit voort uit de dogmatische analyse van verschillende wel in de wet geregelde figuren, zoals de wettelijke gevallen van bewind, de gebonden goederengemeenschappen van de personenvennootschappen, de kwaliteitsrekening en het beleggingsfonds.<sup>170</sup> Ook wordt soms gesteld dat de in art. 3:189 lid 1 BW opgesomde bijzondere gemeenschappen, zoals de huwelijksgemeenschap, de maatschap en de vennootschap, een afgescheiden vermogen vormen, omdat krachtens art. 3:192 BW de tot de gemeenschap behorende schulden op het vermogen van de gemeenschap kunnen worden verhaald.<sup>171</sup>

### 7.6.2 Kenmerken

Bij gebreke van een wettelijke grondslag of regeling is de figuur van het afgescheiden vermogen moeilijk te definiëren. In de doctrine worden drie eigenschappen onderscheiden.<sup>172</sup> Van een afgescheiden vermogen is ten eerste alleen sprake indien de afscheiding plaatsvindt binnen het vermogen van één rechtssubject, die dus rechthebbende is van beide delen van het vermogen.<sup>173</sup> Ten tweede zijn aan de vermogensafscheiding rechtsgevolgen verbonden in die zin dat de afgescheiden vermogensbestanddelen niet vatbaar zijn voor verhaal door de schuldeisers van de rechthebbende, tenzij het ontstaan van de schuld verband houdt met een goed dat tot het afgescheiden vermogen behoort.<sup>174</sup> Ten derde is de vermogensafscheiding

169 Zie bijvoorbeeld art. 6:161 lid 2 sub a BW: wanneer door overgang van een vordering of een schuld de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen, gaat de verbintenis toch niet teniet 'zolang de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen'.

170 Zie in de recente literatuur o.a. N.E.D. Faber, Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, in: *Vertrouwd met de trust*, 1996, p. 195-262, § 2.2; S.C.J.J. Kortmann, in dezelfde bundel, op p. 184 e.v.; A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, diss. Nijmegen, 2005, § 4.2; zie ook D.W. Aertsen, *De Trust*, diss. Nijmegen, 2004, m.n. § 3.3.2 en 4.6.5.

171 Asser-Mijnssen 3-I, *Algemeen goederenrecht*, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 449, met verwijzing naar PG 3 bij art. 3:192, p. 627 e.v.; Steneker, t.a.p.

172 Faber, a.w., op p. 197-198.

173 Steneker, a.w., § 1.6 en 4.7, slot.

174 Ten aanzien van de verhaalsmogelijkheid voor schulden die de afgescheiden vermogensbestanddelen betreffen, bestaat weinig duidelijkheid. Onzeker is bijvoorbeeld of een dergelijke schuldeiser in die zin beperkt is in zijn verhaalsmogelijkheden dat hij alleen op het afgescheiden vermogensbestanddeel verhaal kan nemen of ook op de overige vermogensbestanddelen van de rechthebbende tot beide vermogens. Zie nader ook TM bij art. 6:161, PG 6, p. 591 en Nota naar aanleiding van het eindverslag inzake titel 3.6 (1976-1977, no. 3770, stuk no. 12), sub 8 en 9, PG 3, p. 479-480. Vgl. ook het zakelijke recht van grondrente, dat uit het OM is geschrapt, m.n. ontwerp-art. 5.9.2 lid 1, PG 5, p. 369. Zie verder o.a. H.L.E. Verhagen en S.C.J.J. Kortmann, in: *Vertrouwd met de trust*, 1996, p. 99 resp. 187.



steeds gerelateerd aan een bepaald doel, zodat een afgescheiden vermogen soms wordt aangemerkt als een doelvermogen; het doel is steeds het beheer van het afgescheiden vermogen ten behoeve van een of meer belanghebbenden.<sup>175</sup>

Op grond van deze kenmerken is er reden om te betwijfelen dat de figuur van het afgescheiden vermogen deel uitmaakt van het geldende Nederlandse vermogensrecht. Bijvoorbeeld ten aanzien van de kwaliteitsrekening is in § 7.5.5 duidelijk geworden dat het tegood krachtens een uitdrukkelijke bepaling in de wettelijke regeling toebehoort aan de belanghebbenden gezamenlijk.<sup>176</sup> Het tegood maakt dus in het geheel geen deel uit van het vermogen van de rekeninghouder, zodat het eerste kenmerk van een afgescheiden vermogen ontbreekt.<sup>177</sup> Ook de tweede eigenschap mist: wat betreft schuldeisers van de belanghebbenden is er geen aanleiding om te veronderstellen dat hun verhaalsmogelijkheden op het aandeel in het op de kwaliteitsrekening aangehouden tegood zijn beperkt.<sup>178</sup>

Ook ten aanzien van het beleggingsfonds moet worden geconstateerd dat de wetgever weliswaar heeft beoogd dat participaties immuun zijn voor privé-schuldeisers van de beheerder van het fonds, maar dat de wetgever niet uitdrukkelijk heeft gekozen voor de figuur van een afgescheiden vermogen. In het thans geldende art. 16a Wet toezicht beleggingsinstellingen is een complexe regeling opgenomen voor de volgorde waarin door schuldeisers verhaal kan worden genomen op het vermogen van een beleggingsfonds.<sup>179</sup> Hiermee is de vatbaarheid van het vermogen voor

---

175 Ten aanzien van de wijze waarop de rechthebbende gebonden is het doel van het afgescheiden vermogen te verwezenlijken, bestaat evenmin duidelijkheid. Vgl. Batiffol en Meijers, geciteerd in § 7.5.3.2.

176 Steneker, a.w., gaat ervan uit dat naast de in de wet geregelde kwaliteitsrekening van een notaris of een deurwaarder ook een kwaliteitsrekening bestaat naar algemeen vermogensrecht. Deze algemene kwaliteitsrekening zou zijn gebaseerd op de door hem krachtig bepleite constructie van een afgescheiden vermogen van de kwaliteitsrekeninghouder. Hij formuleert dan ook een wetsvoorstel ter opname van een algemene regeling in het BW van de figuren van het afgescheiden vermogen en de kwaliteitsrekening. M.i. kan niet worden verdedigd dat een dergelijke algemene figuur van de kwaliteitsrekening, zoals uiteengezet door Steneker, deel uitmaakt van het geldende vermogensrecht.

177 Zoals duidelijk is geworden in § 7.5.3.3 geldt dit ook voor alle wettelijke gevallen waarin één of meer goederen onder bewind zijn gesteld. Onder bewind gestelde goederen maken in het geheel geen deel uit van het vermogen van de bewindvoerder.

178 HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371, JOR 2001/50 (Koren q q / Tekstra q q), r.o. 3.3, maakt integendeel duidelijk dat een curator vermogensrechtelijk dezelfde positie inneemt als de gefailleerde belanghebbende en dus gelijkelijk gebonden is aan de voorwaarde voor inroeping van de aanspraak op het tegood.

179 Art. 16a Wtb geldt sinds 1 september 2005. Een identieke bepaling wordt opgenomen in art. 4.45 van de op 1 januari 2007 in te voeren Wet op het financieel toezicht.

verhaal van schulden die geen betrekking hebben op dat fonds maar op een ander fonds van dezelfde bewaarder, zodanig is afgeschermd dat in feite sprake is van een afgescheiden vermogen. Toch impliceert de wettelijke regeling dat een dergelijk verhaal in theorie wel mogelijk is. Elke schuldeiser kan dus in beginsel verhaal nemen op het gehele vermogen van de rechthebbende, derhalve op alle fondsen die op naam van de bewaarder staan. Om in de dogmatische analyse dan toch een afgescheiden vermogen aan te nemen, moeten de feitelijke verhaalsmogelijkheden doorslaggevend worden geacht. Aangezien de verhaalsmogelijkheden voor privé-schuldeisers op bestanddelen van het afgescheiden vermogen en vice versa de verhaalsmogelijkheden voor 'afgescheiden vermogensschuldeisers' op privé-vermogen van de rechthebbende per rechtsfiguur verschillen, zou men dan terecht komen in een glijdende schaal van vermogensafschieding.

Vanuit het perspectief van de verhaalsmogelijkheden kan ook worden betwijfeld of op grond van art. 3:192 BW moet worden aangenomen dat de genoemde bijzondere gemeenschappen een afgescheiden vermogen vormen. De bepaling creëert een uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden tot goederen die ten dele aan een andere deelgenoot in een bijzondere gemeenschap toebehoren, maar beperkt geenszins de verhaalsmogelijkheden op privé-goederen van de gerechtigde tot een aandeel in een gemeenschap die de schuld is aangegaan.<sup>180</sup>

Ten aanzien van de personenvennootschappen is in de rechtspraak geoordeeld dat sprake is van een afgescheiden vermogen. De wetgever is voornemens om in de wet een regeling op te nemen die ertoe leidt dat de gebonden gemeenschap van een personenvennootschap een afgescheiden vermogen kan vormen, ook indien aan die personenvennootschap niet de vorm van rechtspersoonlijkheid is gegeven.<sup>181</sup> Voor het overige is het systeem van het vermogensrecht doorslaggevend voor beantwoording van de vraag of het afgescheiden vermogen deel uitmaakt van het geldende recht.

### 7.6.3 *Splitsing*

Indien wordt aangenomen dat de rechtsfiguur van een afgescheiden vermogen deel uitmaakt van het geldende vermogensrecht, rijst de vraag in

---

Zie C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door het effectenrecht, 6<sup>e</sup> druk 2006, h. 2, § 3.6, p. 198-202, en, dezelfde, Bescherming crediteuren beleggingsfonds trust in artikel 16a Wtb, Ondernemingsrecht 2005/14, nr. 169, p. 486-488.

<sup>180</sup> Vgl. Meijers, Algemene begrippen, p. 189-190.

<sup>181</sup> Zie ontwerp-art. 7:806 lid 1 BW.

hoeverre het afgescheiden vermogen is aan te merken als een vorm van splitsing. Het antwoord hangt af van de accenten die worden gelegd. Er is geen sprake van splitsing van een individueel subjectief recht in bevoegdheden die over verschillende rechtssubjecten worden verdeeld; de vermogensafscheiding is niet een splitsing van ieder van vermogensbestanddelen zelf, maar van het vermogen waartoe die goederen behoren.

Het accent kan ook worden gelegd op de consequenties van de vermogensafscheiding voor de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van de rechthebbende. De bevoegdheid van een schuldeiser om zijn vordering op in beginsel alle goederen van de schuldenaar te verhalen, is neergelegd in art. 3:276 BW. Deze bepaling is historisch verwant aan art. 2093 van de Franse Code civil, dat de goederen van de schuldenaar aanduidt als *le gage commun* van alle schuldeisers.<sup>182</sup> Hiermee wordt de verwantschap tussen verhaal, het beslag en de zekerheidsrechten scherp in beeld gebracht en krijgt de bevoegdheid van een schuldeiser tot verhaal vorm als een soort wettelijk zekerheidsrecht dat accessoir is aan elk vorderingsrecht. De bevoegdheid van schuldeisers om op de goederen van de schuldenaar beslag te leggen is een aspect van hun vorderingsrecht.<sup>183</sup> Beslag mondt uit in de bevoegdheid om door middel van executoriale verkoop te beschikken over andermans goed. Deze op grond van art. 3:276 BW bestaande bevoegdheid met betrekking tot een goed van een ander wordt door de scheiding binnen het vermogen van de schuldenaar beperkt.<sup>184</sup> Het gaat

---

182 Art. 2093 Cc luidt: 'Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence'. Al afwijkend was de formulering in art. 1177 oud BW.

183 Vgl. Meijers, *Algemene begrippen*, p. 85: 'Evenmin [is sprake van een subjectief recht] wanneer de bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjectief recht optreedt. De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht, de bevoegdheid om beslag op goederen van zijn schuldenaar te leggen is onderdeel van een vorderingsrecht, geen daarvan te onderscheiden zelfstandig subjectief recht'.

184 In zijn pleidooi voor erkenning van het bestaan van de figuur van het afgescheiden vermogen stelt Steneker, diss., § 4.6.3, dat aan art. 3:276 BW "een genuanceerde uitleg" en "bijzondere toepassing" moet worden gegeven, waarbij het z. 1. voor de hand ligt om bij vermogensscheiding art. 3:276 BW toe te passen op ieder vermogen afzonderlijk. Hij veronderstelt daarbij het bestaan van de figuur van het afgescheiden vermogen en stelt vervolgens dat nergens aanwijzingen zijn te vinden dat art. 3:276 BW "tot doel zou hebben om in geval van een afgescheiden vermogen de verhaals exclusiviteit te doorbreken". M. 1. negeert Steneker niet alleen de tekst van art. 3:276 BW, dat een schuldeiser verhaal biedt op 'alle goederen van zijn schuldenaar', maar ook het wettelijk uitgangspunt dat geen afgescheiden vermogens bestaan, behoudens duidelijk in de wet geregelde gevallen, die echter schaarser zijn dan Steneker doet voorkomen. Tegen een dergelijke uitleg van art. 3:276 BW keert zich ook Snijders, *Nog een duikt in de zak van de trust, in Onderneming en 5 jaar*.

daarbij echter niet om een beperking van een bevoegdheid van de recht-hebbende zelf. Alleen indien de vatbaarheid van een goed voor beslag en de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van datzelfde goed worden be-schouwd als twee zijden van dezelfde medaille, kan de beperking van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden aangemerkt als een beperking van de bevoegdheden die in algemene zin ten aanzien van een goed bestaan. In dit perspectief heeft de figuur van een afgescheiden ver-mogen minder van doen met de onsplitsbaarheid van vermogensrechten dan met de bevoegdheden om over andermans goed te beschikken.

Indien het accent wordt gelegd op het doel dat is verbonden aan het af-gescheiden vermogen, komt de fiduciaire eigendom in beeld, zowel de fi-ducia cum amico als de fiducia cum creditore. De bevoegdheden ten aan-zien van de tot het afgescheiden vermogen behorende goederen worden uitgeoefend ten behoeve van een of meer belanghebbenden.<sup>185</sup> Als recht-hebbende is de fiduciarius gehouden om hun belang te behartigen.<sup>186</sup> In de uitoefening van zijn bevoegdheden is hij daarom beperkt.<sup>187</sup> De restric-

---

nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p. 95, op de principiële grond dat het hoofdbeginsel in art. 3:276 BW tezamen met de in de wet geregelde uitzonderingen deel uitmaken van een stelsel ter bescherming van de schuldeisers, dat in beginsel niet door mid-del van een afgescheiden vermogen dient te worden doorbroken.

- 185 Voor het beleggingsfonds maakt thans de Wtb, in de toekomst de Wft, onderscheid tussen de beheerder en de bewaarder van het fondsvermogen. Het impliciete uit-gangspunt is dat de beheersbevoegdheden aan de beheerder toekomen, maar de bewaarder is als rechthebbende beschikkingsbevoegd. In art. 5 lid 2 sub b Wtb, in de toekomst art. 4:42 sub b Wft, is vereist dat is voorzien in een regeling waardoor de bewaarder niet zonder medewerking van de beheerder over de vermogens-bestanddelen van het fonds kan beschikken. Vanuit goederenrechtelijk perspectief kan deze beperking alleen via het vennootschapsrecht worden gerealiseerd. Het is merkwaardig dat de wetgever niet heeft gekozen voor een wettelijke afbakening van de bevoegdheden van de bewaarder en de beheerder. De wetgever schuift zo de vormgeving van de dwingendrechtelijke beperking van zich af. Wellicht zijn de bij een beleggingsfonds betrokken partijen echter gebaat met een mate van wette-lijke flexibiliteit ten aanzien van de wijze waarop aan de eisen van de wetgever wordt voldaan. Zie over art. 5 lid 2 sub b Wtb, dat geldt sinds 1 september 2005, ook Grundmann-van de Krol, Koersen door het effectenrecht, 6<sup>e</sup> druk 2006, p. 160.
- 186 Wetssystematisch is de abstractheid van het eigendomsbegrip in het geding, waar-over § 3.7.2.3.
- 187 Hierbij rijst de vraag hoe de beheersverplichtingen van de trustee vorm zijn gege-ven. W. Swadling, Property - General principles, in: English Private Law, 2000, vol. I, § 4.225, stelt: obligations of the trustees in the management of a trust belong in the law of obligations. De mogelijkheden van een trustee naar Engels recht om over de trustgoederen te beschikken is onbeperkt, zij het dat overtreding van zijn *fiduciary duties* niet alleen hem persoonlijk aansprakelijk maakt, maar ook de verkrijgers van de trustgoederen kan opzadelen met het trustverband. De ontwikkeling van het trustrecht en de codificatie van de bevoegdheden van een trustee in the Trustee Act 2000 betekenen overigens dat deze vorm van derdenwerking zich steeds minder vaak doet gevallen. Zie nader § 4.5.5.

ties die de vermogensafschieding meebrengt voor zowel de verhaalsmogelijkheden op de afgescheiden vermogensbestanddelen als de beheers- en beschikkingsbevoegdheden van de rechthebbende, strekken tot versterking van de positie van de belanghebbende, ook wanneer zijn rechten niet in een goederenrechtelijk jasje zijn gestoken.

#### *7.6.4 De algemene rechtsleer van Meijers*

De constatering dat de figuur van het afgescheiden vermogen strekt tot bescherming van de belanghebbenden bij dat vermogen roept de algemene rechtsleer van Meijers in herinnering. In § 7.4.2 en 7.5.3 is al uiteengezet dat een dergelijke versterking van de positie van de belanghebbende bij de door een fiduciarius gehouden rechten door Meijers is gezien als een vorm van splitsing van recht en belang en daarmee als vorm van splitsing van bevoegdheden. Uit doelmatigheidsoverwegingen, maar vermoedelijk ook vanwege de rechtspolitieke wens om de belanghebbenden te beschermen, koos Meijers ervoor om het subjectieve recht in bepaalde gevallen niet aan de fiduciarius maar aan de belanghebbenden zelf toe te kennen. Het gaat daarbij juist om gevallen zoals de kwaliteitsrekening.

Later is in de in 1977 in werking getreden Wet giraal effectenverkeer bij de vormgeving van de verzameldepots en het girodepot gekozen voor een benadering die met gemak in het verlengde van de benadering van Meijers is te plaatsen. De belegger blijft in het girale effectenbewaringsstelsel van de Wge rechthebbende tot de effecten die door hem in bewaring worden gegeven of worden geleverd ter opname in een verzameldepot en in de meeste gevallen vervolgens in het girodepot. De effecten in een verzameldepot of het girodepot voor die soort behoren toe aan de beleggers gezamenlijk. De 'Wge-rechten' van iedere belegger vormen waarschijnlijk een aandeel in een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW, maar zouden ook als vermogensrechten sui generis kunnen worden aangemerkt.<sup>188</sup> Ten aanzien van de bevoegdheden met betrekking tot de rechten van de belegger tot de effecten geeft de Wge bijzondere regelingen: in art. 37 lid 2 Wge is uitdrukkelijk bepaald dat de rechten jegens het centraal instituut als houder van het girodepot 'op eigen naam' worden uitgeoefend door de instellingen die zijn aangesloten bij het centraal instituut, 'voor hen aan wie de effecten toebehoren'.<sup>189</sup> Het gaat hier dus om van

188 Zie uitvoerig E.B. Rank-Berenschot, Het Wge-aandeel: een recht op naam van eigen aard, in: *Onderneming en effecten*, 1998, p. 149-167.

189 De aangesloten instellingen zijn zelf houder van de verzameldepots. Ten aanzien van de uitoefening van de rechten van de beleggers met betrekking tot deze verzameldepots is een vergelijkbare regeling opgenomen in art. 11 lid 2 Wge.

rechtswege toegekende bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander, zonder dat die bevoegdheden een subjectief recht vormen.<sup>190</sup> Het regime van de Wge lijkt sterk op het bewind.<sup>191</sup> Dit is waarschijnlijk niet anders voor effecten op naam die door levering aan het centraal instituut op zijn naam komen te staan.<sup>192</sup>

Het is goed denkbaar dat hierbij aansluiting wordt gezocht voor de regeling van het beleggingsfonds, zelfs bij dogmatische analyse van de bestaande regeling in art. 16a Wtb. De belanghebbenden zijn dan steeds gezamenlijk gerechtigd tot de goederen, die worden beheerd door een ander op grond van bijzondere in de wet toegekende bevoegdheden, waardoor de bevoegdheden van de gezamenlijke rechthebbenden zijn beperkt.

Het alternatief is rechtspersoonlijkheid. Meer in het algemeen gaat het bij vermogensscheiding om de problematiek van de juridische "personificatie van een door een rechtsband te zamen gehouden geheel van vermogensbestanddelen", die ook ten grondslag ligt aan de toekenning van rechtspersoonlijkheid, zoals is beschreven door Meijers.<sup>193</sup> Zoals hij ten aanzien van een groot aantal overgangsfiguren trachtte te komen tot for-

- 
- 190 De Wge kent in vele opzichten bevoegdheden met betrekking tot de effecten toe aan anderen dan de rechthebbenden. In art. 33 Wge wordt een bijzondere bevoegdheid toegekend aan de curator in het faillissement van een aangesloten instelling. Hoewel het verzameldepot niet in de boedel valt, kent de wet hem toch een beheerstaak toe.
- 191 Zo ook C.Æ. Uniken Venema, Effectengiro-recht in beweging, 2003, § 11.4.1. Anders dan Uniken Venema acht ik het voor dergelijke wettelijke vormen van vertegenwoordiging (in ruime zin) in het geheel niet van belang of de vertegenwoordiger in eigen naam of in naam van de ander optreedt.
- 192 In 2000 is de Wge gewijzigd en de giralisering van effecten op naam mogelijk gemaakt. Zie hierover M.A. Blom, in: Onderneming en effecten, 1998, p. 199-203, en Uniken Venema, a.w., 2003. Hierdoor is een mate van ambiguïteit ontstaan, doordat het effect op naam wordt geleverd aan de houder van een verzamel- of girodepot, die bij aandelen op naam dan ook in het aandeelhoudersregister te boek komt te staan als aandeelhouder. Deze opnaamstelling behoeft echter bij dogmatische analyse niet te worden aangemerkt als wettelijke toekenning van het subjectieve recht aan de beheerder van de girale depots. Het systeem van de Wge brengt juist mee dat rechten in het leven worden geroepen die corresponderen met de geleverde effecten op naam. Deze 'Wge-rechten' komen in feite in de plaats van de ter opname in het depot geleverde rechten op naam. Juist het fenomeen van giralisering rechtvaardigt dat ook ten aanzien van opgenomen rechten op naam wordt volgehouden dat de aangesloten instelling als houdster van een verzameldepot en het centraal instituut als houder van het girodepot *niet* de rechthebbenden zijn van het recht dat op hun naam is gesteld.
- 193 Meijers, Algemene begrippen, 1947, hoofdstuk V, m.n. p. 187 e.v. Meijers wijst ook, op p. 188 en 205, op de grondschulden die alleen op het desbetreffende stuk grond kunnen worden verhaald en op de tendens tot personificatie van bijvoorbeeld een schip, zodat verhaal van daarmee verband houdende schulden tot dat schip is beperkt.

mulering van criteria voor de erkenning van een bevoegdheid als een subjectief recht, analyseert hij ook de situaties waarin het doelmatig is om rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan een verzameling vermogensbestanddelen

'Het te zamen verenigd zijn van subjectieve rechten voor een bepaald doel en wel op zodanige wijze, dat dit doelvermogen als een afzonderlijk verhaalsobject voor de voldoening van bepaalde vorderingen geldt, is het krachtigste motief om een rechtspersoon aan te nemen d w z om alle zodanige gevallen met de fysieke personen onder een rubriek, die der rechtspersoonlijkheid, onder te brengen <sup>194</sup>

Vervolgens acht Meijers de enkele omstandigheid dat de mogelijkheden tot verhaal van een schuld zijn beperkt tot een vermogensbestanddeel onvoldoende om rechtspersoonlijkheid doelmatig te achten. Verder achtte Meijers nodig dat de betrokken rechten de belangen van meer dan één of enkele personen dienen, alleen wanneer een verzameling vermogensrechten een van bepaalde individuen geabstraheerd belang dient, is het doelmatig om daaraan rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Tenslotte verlangde Meijers enige mate van continuïteit en stabiliteit van het abstracte belang.

Van belang is hier nu dat Meijers juist bij de analyse van de vele overgangsfiguren kiest voor een bi-polaire benadering als rechtspersoonlijkheid voor de wettelijke vormgeving van een overgangsfiguur niet passend en doelmatig is, dan moet het gaan om een vorm van wettelijke vertegenwoordiging zoals bij onderbewindstelling. Het vermogensrecht komt dan toe aan de belanghebbenden en in de wet worden aan de bewindvoerder of vertegenwoordiger enige zorgvuldig afgebakende bijzondere bevoegdheden toegekend. In de benadering van Meijers is van de tussenfiguur van een afgescheiden vermogen dat toekomt aan een fiduciair in het belang van anderen nooit sprake <sup>195</sup>. De inpassing in het vermogensrechtelijke systeem van rechtsfiguren die verleiden tot aanvaarding van een afgescheiden vermogen, is dan aanzienlijk minder problematisch.

### *7.6.5 Een wettelijke grondslag*

Bij elke dogmatische analyse van de rechtsfiguren die soms als een afgescheiden vermogen worden gekarakteriseerd, rijst de vraag in hoeverre een uitdrukkelijke wettelijke grondslag moet bestaan. Al in het arrest Erik Schaaper uit 1937 is door de Hoge Raad ten aanzien van de vraag of een

---

<sup>194</sup> A w , p 187

<sup>195</sup> Stekener, a w , § 4.7, maakt dit niet expliciet

commanditaire vennootschap met één beherend vennoot een van dat van deze vennoot afgescheiden vermogen heeft, beslissend geacht wat "de wetgever heeft gewild".<sup>196</sup> Sindsdien wordt aangenomen dat van een afgescheiden vermogen alleen sprake kan zijn in de in de wet geregelde gevallen. Op rechtspolitieke gronden, die vooral de bescherming van schuldeisers betreffen, pleit W. Snijders tegen een regeling die het schep-  
pen van afgescheiden vermogens overlaat aan de contractsvrijheid.<sup>197</sup> Daarbij stelt Snijders wel dat het mogelijk is de figuur van het afgescheiden vermogen als mogelijkheid "aan de praktijk te bieden", wanneer het geval aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen en past in het stelsel van de wet.<sup>198</sup>

Terughoudendheid is ook te vinden bij Steneker, die een wetsvoorstel voor het afgescheiden vermogen heeft geformuleerd.<sup>199</sup> Gezien de "belangrijke verhaalsrechtelijke consequenties" kiest Steneker ervoor om de beoogde regeling alleen van toepassing te laten zijn in de gevallen dat in de wet uitdrukkelijk is bepaald dat een rechtsfiguur een afgescheiden vermogen creëert.<sup>200</sup> Hiermee kiest hij - naar mijn mening terecht, zoals zal blijken in het slothoofdstuk - voor het primaat van de wet. Het afgescheiden vermogen zou dan als bijzondere wijze van gerechtigd zijn tot een goed deel gaan uitmaken van de numerus clausus en het gesloten systeem van het goederenrecht.

---

196 HR 4 januari 1937, NJ 1937, 586 m.nt. PS (Erik Schaaper). De Hoge Raad is omgegaan in HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327 m.nt. Ma (Hovuma/Spreuwenberg), hierbij speelde blijkens r.o. 4.3 een grote rol dat het wetsvoorstel personenvennootschappen, met daarin een regeling van het afgescheiden vermogen, voorlag.

197 W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, p. 94-96.

198 T.a.p. Zie over de Q/tP-benadering van Snijders § 9.4.3. Vgl. Asser-Mijnssen-De Haan 3-1, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 481, laatste alinea, p. 488. "Wel kan worden opgemerkt dat het huidige goederenrecht iets minder gesloten is dan het oude zakenrecht. Net als bij de erkenning van fiduciaire rechtsverhoudingen, geldt dat voor de erkenning van een afgescheiden vermogen niet steeds een wettelijke grondslag is vereist, maar dat een dergelijke erkenning ook kan plaatsvinden indien dit past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.", met een ondeugdelijke verwijzing naar de MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 4.

199 A.w., § 8.3.2. In zijn wetsontwerp ontbreken de invulling en de afbakening van de bevoegdheden en de verplichtingen van de rechthebbende tot het afgescheiden vermogen ten behoeve van de belanghebbenden.

200 A.w., § 8.3.1, p. 279-280. Het wetsvoorstel van Steneker strekt ertoe o.a. de wettelijke regelingen van de kwaliteitsrekening, het beleggingsfonds, en de personenvennootschap zo te wijzigen dat uitdrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij de door hem voorgestelde algemene regeling voor de rechtsfiguur van het afgescheiden vermogen.



## 7.7 Splitsing in de tijd

Het gesloten systeem betreft niet alleen de verschillende varianten van splitsing van recht en belang, maar ook de mogelijkheden tot splitsing van een recht in de tijd. Van splitsing van goederenrechtelijke rechten in de tijd kan worden gesproken wanneer een eigendomsrecht of een ander goederenrechtelijk recht gedurende een zekere periode aan de een toebehoort en vervolgens na verloop van tijd of na vervulling van een voorwaarde automatisch overgaat naar een ander krachtens een reeds voltooide levering. De een is nog eigenaar maar zal het eigendomsrecht door overgang verliezen, de ander is nog geen eigenaar, maar heeft op grond van de reeds verrichte levering goede reden om te verwachten dat hij eigenaar zal worden. Deze situatie kan worden beschreven met het beeld dat beiden een eigendomsrecht hebben, die elkaar opvolgen in de tijd.

Splitsing in de tijd houdt steeds verband met overdracht. Er zijn twee vormen van temporele splitsing van eigendom denkbaar, ten eerste de levering onder een tijdsbepaling en ten tweede de levering onder een voorwaarde van ofwel opschortende ofwel ontbindende aard. Deze twee vormen lopen enigszins in elkaar over doordat een tijdsbepaling soms moeilijk van een voorwaarde is te onderscheiden.<sup>201</sup> Beide vormen van splitsing in de tijd kunnen ertoe leiden dat het geleverde eigendomsrecht op een later moment eindigt doordat het overgaat op een ander. Voor Suijling waren beide vormen van temporele splitsing wortels van hetzelfde kwaad.

### 7.7.1 *De strikte leer van Suijling*

In zijn handboek over zakenrecht uit 1940 keerde Suijling zich op verschillende plaatsen tegen alle vormen van splitsing in de tijd. Het volgende citaat geeft de essentie van zijn standpunt weer.

Met het beginsel dat de eigenaar zijn recht niet splitsen mag en dat hij den afstand van enkele der in zijn recht begrepen bevoegdheden practisch slechts bereiken kan door zijn eigendom of zijn zakelijk recht met een jus in re aliena te bezwaren, hangt ten nauwste samen, dat hij aan zijn beschikkingen waarbij hij eigendom overdraagt, niet een ontbindende voorwaarde of een eindtermijn mag toevoegen. Eenmaal tot stand gekomen, bezit de overdracht een definitief karakter: zij werkt voor eeuwig en onvoorwaardelijk.

De eigenaar die zijn goed vervreemdt, kan de verklaring van overdracht aan een opschortende voorwaarde of aan een aanvangstermijn binden. Als hij nu een

---

201 Zie J. D. A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, 2<sup>e</sup> druk 1994, § 2.10.

dergelijk voorbehoud aan zijne verklaring toevoegt, stelt hij enkel het oogenblik uit, waarop deze zal beginnen te werken. Het onherroepelijk karakter van den overgang tast hij hiermede niet aan. \*Dat zou hij echter doen, indien hij bedong, dat zijn verklaring met de vervulling van een ontbindende voorwaarde of met het verstrijken van een eindtermijn hare werking zou verliezen. Eene aldus in haar effect beperkte overdracht zou na eenigen tijd het overgedragen goed weer tot den overdrager doen terugkeeren. Wat zou dit beteekenen? Dat de eigendom in door tijdsverloop bepaalde deelen was gesplitst. Ons recht verwerpt echter iedere rechtstreekse splitsing van den eigendom. Het vergunt enkel den eigendom met jura in re aliena te belasten. De eigendom is een naar inhoud zoowel als tijd ondeelbaar recht. Slechts indirect kunnen, in den vorm van jura in re aliena, onderscheiden in den eigendom begrepen bevoegdheden tijdelijk en ten deele aan anderen door den eigenaar worden afgestaan.<sup>202</sup>

In het bijzonder de overdracht onder *ontbindende* voorwaarde of onder een *eindtermijn* achtte Suijling verwerpelijk, omdat de aard van het eigendomsrecht in het geding was:

"Zulk een regeling van de werking der overdracht zou toch den eigendom van den verkrijger tot een temporair recht verlagen. Deze degradatie van den eigendom gedooft ons zakenrecht niet. Eigendom is een - in beginsel - eeuwigdurend recht."<sup>203</sup>

In deze passage wordt de splitsing in de tijd in verband gebracht met de oneindigheid van het eigendomsrecht. Het gaat om de oneindigheid in dynamische zin, aangezien het tijdselement onderdeel is van de overdracht van het subjectieve recht.<sup>204</sup> In § 3.7.2.4 is oneindigheid gepresenteerd als een van de kenmerken van het eigendomsrecht. Suijling trok hieruit zijn vergaande conclusie van algehele onsplitbaarheid van een

202 J Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940, nr. 86, p. 93, eerste twee alinea's. In de derde alinea vat Suijling het voorgaande samen door te spreken van 'het beginsel van onherroepelijkheid van de zakenrechtelijke overeenkomst van overdracht'.

203 Suijling, a.w., nr. 249, slot. In voetnoot 2 bij deze passage merkt Suijling op dat voor jura in re aliena andere beginselen gelden, aan de vestiging of overdracht van beperkte rechten is wel een opschortende of ontbindende voorwaarde te verbinden, aangezien beperkte rechten naar hun aard tijdelijk zijn. Aldus ook nr. 86, p. 94, voetnoot 1.

204 De oneindigheid in statische zin is ter sprake geweest in § 6.8.3, waar de mogelijkheden van partijen om de inhoud van goederenrechtelijke rechten contractueel nader vorm te geven aan de orde is gekomen, in het bijzonder de temporeel gedifferentieerde invulling van een beperkt goederenrechtelijk recht, bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik van een vrachtwagen op alleen maandagen. Van overgang van het recht is dan geen sprake, de beperking betreft het recht in statische zin, niet in dynamische zin. Bovendien is dan geen sprake van een beperking van de bestaansduur van een recht, waarna het eindigt, maar van een temporele afbakening van uitoefening van bevoegdheden die voortvloeien uit een overigens normaal voortbestaand subjectief recht.

vermogensrecht in de tijd, ook wanneer de temporele splitsing werd vorm gegeven met een levering.

Het verzet van Suijling betrof in het bijzonder de levering onder ontbindende voorwaarde, omdat deze afbreuk zou doen aan het onherroepelijke karakter van een reeds totstandgekomen vermogensovergang. Voor de overdracht onder opschortende voorwaarde lag dit anders, omdat nog in het geheel geen vermogensovergang is ingetreden. Deze vorm van voorwaardelijke levering achtte Suijling mogelijk, maar werking ervan was z.i. beperkt: volgens Suijling belemmerde een overdracht onder opschortende voorwaarde niet dat de vervreemder voorafgaande aan vervulling van die opschortende voorwaarde een tweede maal onvoorwaardelijk aan een ander levert, ten koste van degene aan wie eerst is geleverd onder opschortende voorwaarde.<sup>205</sup> Zolang de opschorting van de levering niet is vervallen, is de levering volgens Suijling dus nog herroepelijk, in die zin dat een tweede onvoorwaardelijke levering volledige eigendomsovergang ten gunste van de tweede verkrijger ten gevolg heeft ten koste van de eerste.<sup>206</sup> Een andere opvatting zou betekenen dat "den verkoper voortaan nog slechts een tijdelijke beperkte eigendom toekomt".

Slechts een gedeelte van zijn ideeën ten aanzien van onsplitsbaarheid hebben weerklank gevonden in het nu geldende recht.

### *7.7.2 'Voorwaardelijke eigendom' als vorm van temporele splitsing*

#### *7.7.2.1 Goederenrechtelijke werking*

De overdracht onder een voorwaarde kent naar geldend recht verschillende gedaanten.<sup>207</sup> Zowel de obligatoire overeenkomst die de titel voor leve-

---

205 Suijling, a w , nr 248

206 De met een asterisk aangeduide zin uit de hiervoor in de hoofdstekst geciteerde passage uit nr 86 lijkt hiermee in tegenspraak te zijn. Gezien de duidelijke tekst in nr 248, moet ervan worden uitgegaan, dat Suijling in nr 86 niet heeft willen aangeven dat een levering onder opschortende voorwaarde onherroepelijk is. Pas zodra de opschorting is vervallen en de eigendom is overgegaan, is sprake van een overgang, die dan onherroepelijk is. Voórádt de opschorting van de levering vervalt, is de levering volgens Suijling blijkens nr. 248 wel degelijk herroepelijk, in die zin dat een tweede onvoorwaardelijke levering volledige eigendomsovergang ten gunste van de tweede verkrijger ten gevolg heeft ten koste gaat van de eerste. Hiern wijkt de opvatting van Suijling af van het nu geldende recht.

207 Het gebruik van de termen 'overdracht onder een voorwaarde' noodzaakt tot een terminologische precisering. Hier is niet bedoeld onderscheid te maken met de 'levering onder een voorwaarde', de term overdracht is hier gebruikt in algemene zin, omvattende alle varianten waarmee wordt bewerkstelligd, of beoogd, dat aan het recht van de verkrijger een voorwaarde is verbonden. De preciezen gebruiken de term overdracht alleen om het rechtsgevolg van een levering krachtens geldige

ring creëert, als de goederenrechtelijke overeenkomst van levering, zijn rechtshandelingen waaraan krachtens art 3 38 BW een voorwaarde kan worden verbonden<sup>208</sup> Een voorwaarde is steeds een beding dat deel uitmaakt van een rechtshandeling<sup>209</sup> Uit art 6 22 BW blijkt dat zowel een opschortende voorwaarde als een ontbindende voorwaarde mogelijk is Op sommige plaatsen vermoedt de wet het bestaan van een voorwaarde, zoals in art 3 92 lid 1 BW, waarin degene die een overeenkomst met de strekking van een eigendomsvoorbehoud sluit, wordt vermoed zich te verbinden tot overdracht van de zaak aan de ander onder opschortende voorwaarde

Vervulling van de voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking<sup>210</sup> Indien de partijen een ontbindende voorwaarde aan de titel voor levering hebben verbonden, vloeit de goederenrechtelijke werking voort uit art 3 84 lid 4 BW het goederenrechtelijke recht dat wordt verkregen, is onderworpen aan dezelfde voorwaarde als de titel krachtens welke is geleverd Indien een ontbindende voorwaarde aan de goederenrechtelijke overeenkomst van levering is verbonden, geldt hetzelfde, voor zover de goederenrechtelijke werking niet inherent zou zijn aan een voorwaardelijke levering, biedt analogische toepassing van art 3 84 lid 4 BW daarvoor de basis In geval van vervulling van een ontbindende voorwaarde komt het eigendomsrecht van de verkrijger dus van rechtswege tot een einde

---

titel aan te duiden, de rekkelijken ook om korthedshalve te verwijzen naar alle leerstukken die met overdracht verband houden De betekenis van de term overdracht in dit kader is voor mij een zuiver semantische kwestie die vergelijkbaar is met de vraag of de woorden 'nietige rechtshandeling' een contradictio in terminis opleveren

- 208 HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506, r o 3 4 2 Iedere rechtshandeling kan blijken in art 3 38 lid 1 BW onder voorwaarde geschieden, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit De wet - die in art 3 91 BW voorschrijft op welke wijze de levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van bepaalde roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt - verzet zich noch tegen levering onder ontbindende voorwaarde noch tegen levering onder opschortende voorwaarde, de aard van de levering evenmin
- 209 Hiermee moeilijk verenigbaar is de theorie dat niet de titel voor overdracht en evenmin de levering voorwaardelijk is, maar alleen het door partijen beoogde rechtsgevolg de overdracht Zie voor deze theorie N E D Faber, Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p 179-221, vgl ook A H Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, diss Leiden, 2003, p 323-325
- 210 In art 3 38 lid 2 BW is uitdrukkelijk bepaald dat de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft Scheltema, a w , pleit er desondanks voor om vast te houden aan de terugwerkende kracht ter verklaring van de goederenrechtelijke werking van het intreden van een voorwaarde

De levering onder opschortende voorwaarde heeft evenzeer goederenrechtelijke werking als de levering onder ontbindende voorwaarde.<sup>211</sup> Zodra de opschortende voorwaarde wordt vervuld, gaat het geleverde eigendomsrecht volledig over, zelfs indien de vervreemder inmiddels is gefailleerd. Zodra de levering onder opschortende voorwaarde is voltooid, is de levering ook in die zin onherroepelijk dat de vervreemder in beginsel niet meer in staat is het reeds voorwaardelijk aan de een geleverde recht onvoorwaardelijk aan een ander te leveren, zo dat deze het recht onvoorwaardelijk verkrijgt.<sup>212</sup>

In het perspectief van Suijling betekent het onherroepelijke karakter van de levering onder opschortende voorwaarde naar geldend recht dat het eigendomsrecht van degene die heeft geleverd, eindig is geworden en dat er dus sprake is van splitsing in de tijd. Het zou ongetwijfeld zijn opvatting zijn dat de wetgever door de toekenning van goederenrechtelijk effect aan een voorwaarde in de levering de onsplitsbaarheid van de eigendom heeft prijsgegeven.

### 7.7.2.2 Splitsing?

Ook nu wordt nog geworsteld met de vraag of bij de voorwaardelijke overdracht sprake is van splitsing. Het debat betreft niet meer de onherroepelijkheid van de voorwaardelijke overdracht, maar de vraag hoe de rechtsposities van de partijen bij de voorwaardelijke overdracht moeten worden gekwalificeerd. Met name het eigendomsvoorbehoud wordt veelvuldig genoemd als een vorm van splitsing van bevoegdheden die over verschillende personen worden verdeeld. Zo bijvoorbeeld H.J. Snijders:

"Afgezien van wettelijke uitzonderingen (men denke aan het eigendomsvoorbehoud) wordt geen hybride getolereerd die voorziet in splitsing van een volledig recht (eigendom of ander toebehoren) over meerdere personen."<sup>213</sup>

---

211 Soms wordt betwijfeld of art. 3:84 lid 4 BW hiervoor de grondslag geeft, aangezien deze bepaling door de vermelding van het recht dat 'wordt verkregen' alleen op een overdracht onder ontbindende voorwaarde betrekking lijkt te hebben. Zie hierover Scheltema, a.w., p. 316, die stelt dat art. 3:84 lid 4 BW ook bij de levering onder opschortende voorwaarde een cruciale rol speelt door aan de verkrijger reeds direct een recht te verschaffen dat aan dezelfde opschortende voorwaarde is onderworpen.

212 Deze regel is voor de levering ter uitvoering van een overeenkomst van huurkoop neergelegd in art. 7A:1576/ lid 2 BW.

213 H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 194. Zie verder o.a. Nieuwenhuis, Uit de ban van hier en nu, 1980, p. 53-55: "De 'eigendom' die verkoper en koper delen heeft voor beiden zowel zakenrechtelijke als obligatoire aspecten. (...) Levering onder eigendomsvoorbehoud geschiedt door een overeenkomst waarbij de in het eigen-

Het debat over het eigendomsvoorbehoud als toegelaten vorm van splitsing is meer dan slechts een terminologische kwestie. De dogmatische kwalificatie van de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud beïnvloedt het antwoord op de praktische vraag of hij zijn 'aanspraak' aan een derde kan overdragen en vervolgens de vraag op welke wijze die overdracht zou moeten geschieden. De verkoper onder eigendomsvoorbehoud, degene die dus nog steeds eigenaar is maar zijn recht reeds voorwaardelijk aan een ander heeft geleverd, wordt op grond van het arrest Puinbreker uit 1989 in staat geacht tot overdracht van zijn rechtspositie.<sup>214</sup> Of ook de koper in staat is tot overdracht van zijn eigendomsverwachting aan een derde, en zo ja, op welke wijze, is onzeker.

In de Nederlandse literatuur zijn verschillende stromingen te onderkennen.<sup>215</sup> Eén stroming gaat ervan uit dat de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht heeft, dat als zodanig kan worden overgedragen. Een andere stroming betwist dat sprake kan zijn van een voorwaardelijk eigendomsrecht, de koper kan in deze redenering slechts ofwel zijn recht op levering cederen, ofwel de onder voorbehoud geleverde zaak bij voorbaat als een toekomstige zaak die reeds in de macht van de vervreemder is, aan een derde overdragen. De overdracht bij voorbaat als toekomstig goed bergt het meestal onaanvaardbare risico in zich van een faillissement van de vervreemder bij voorbaat, die als koper onder eigendomsvoorbehoud de onvermijdelijke tussenschakel vormt.<sup>216</sup> Een derde stroming betwist dat de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn positie door cessie

---

domsrecht verenigde bevoegdheden over vervreemder en verkrijger worden verdeeld ( ) een functionele deling van de eigenaarsbevoegdheden langs contractuele weg, J.J. van Hees, *Leasing*, diss. Nijmegen, 1997, p. 78, Scheltema, diss., 2003, p. 343 e.v., § 4.2.1.

214 HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 m.nt. WMK. De mogelijkheid om het voorbehouden eigendomsrecht aan een derde over te dragen kan nuttig zijn bij tripartiete financieringstransacties, zie bijv. Rb. Rotterdam 25 april 2002, NJKort 2002, 37 (NJ afl. 24), waarin het voorbehouden eigendomsrecht van de huurverkoper *longa manu* was geleverd aan een financier. Het voorbehouden eigendomsrecht is geen nevenrecht in de zin van art. 6:142 BW en gaat dus bij cessie van de vordering van de verkoper niet van rechtswege over op de cessionaris, aldus Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, *Algemeen goederenrecht*, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 285.

215 Zie S.E. Bartels, *Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsonbevoegdheid - Zakelijkheid van eigendomsverwachtingen*, mede in het licht van de Duitse begrippen *Anwartschaftsrecht* en *Vormerkung*, in *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, 1997, p. 84-94, A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, 2003, deel III, hoofdstuk 4, p. 337-351, Asser-Van Mierlo 3-III, *Zekerheidsrechten*, 13<sup>e</sup> druk 2003, nr. 429c, H.J. Snijders, *Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken*, NTBR 2006/6, nr. 31, p. 223-228. Zie ook MvA II Inv. bij art. 3:91 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1237-1238.

216 Vgl. Bartels, a.w., p. 85.

kan overdragen, aangezien zijn recht op levering reeds is nagekomen en derhalve teniet is gegaan.<sup>217</sup>

De dogmatische vraag in hoeverre vermogensrechten splitsbaar zijn, speelt in deze discussie een dubbelrol, in de ene redenering die van onwrikbaar dogma, in de andere de rol van *petitio principii*. In de stroming die betwist dat aan de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht toekomt, vormt de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht het uitgangspunt van de redenering; de onbestaanbaarheid van voorwaardelijke eigendom wordt gepresenteerd als consequentie van het dogmatische uitgangspunt van onsplitsbaarheid. Daarentegen vormt de splitsbaarheid het sluitstuk van de redenering van degenen die de positie van de koper wel als een voorwaardelijk eigendomsrecht aanmerken; de erkenning van het bestaan van dubbele of gesplitste eigendom brengt hen tot de conclusie dat het uitgangspunt van onsplitsbaarheid niet langer onverkort geldt.<sup>218</sup>

Op grond van het onherroepelijke karakter van een levering onder opschortende voorwaarde zou de positie van de verkrijger kunnen worden aangemerkt als een voorwaardelijk eigendomsrecht. In de parlementaire geschiedenis is deze kwalificatie uitdrukkelijk te vinden ten aanzien van de levering ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde: de leveringshandeling van art. 3:91 BW "doet immers onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan."<sup>219</sup> Volgens sommigen is dan sprake van een dubbel of gesplitst eigendomsrecht: zowel de ver-

---

217 Zie m.n. Faber, a.w., 1997, p. 218. Aan dit standpunt werpt Bartels, a.w., p. 93, tegen dat op de verkoper krachtens art. 7.9 lid 1 BW de verplichting tot eigendomsverschaffing rust; deze verplichting van de verkoper kan z.i. worden onderscheiden van de verplichting om alle leveringshandelingen en -formaliteiten te verrichten. M.i. is twijfelachtig of de wettelijke plicht tot eigendomsverschaffing behoort tot het type verplichtingen dat uit een rechtsverhouding kan worden afgesplitst, zodat het hiermee corresponderende recht van de koper als afzonderlijk vermogensrecht gecedeerd kan worden.

218 Zie bijv. J.J. van Hees, diss. 1997, § 3.6.6, p. 112: "Te veel is in het verleden vastgehouden aan de gedachte dat het goederenrecht een gesloten systeem vormt, waarin een splitsing van het eigendomsrecht niet zou passen. Het gevolg is dat de juridische positie van de leasener nog steeds niet geheel in overeenstemming is met zijn economisch belang bij het leaseobject."

219 MvA II Inv. bij art. 3:91 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1238, laatste alinea; vgl. de tweede alinea: "in dit geval is voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert". Zie ook MvA II bij art. 3:92 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 388: "Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt de verkrijger weliswaar voorwaardelijk eigenaar, doch of hij ook bezitter wordt, kan worden betwijfeld. Hij is immers, zolang de voorwaarde niet is vervuld, ingevolge deze rechtsverhouding verplicht voor de vreemder te houden, die eigenaar is gebleven, zij het onder dezelfde, doch hier ontbindende, voorwaarde."

vreemder als de verkrijger hebben een eigendomsrecht op dezelfde zaak, zij het onder dezelfde gespiegelde voorwaarde. Aldus bijvoorbeeld Schoordijk:

"Ik zou het zo willen zeggen: de koper onder eigendomsvoorbehoud heeft een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde (van betaling), bezit onder opschortende voorwaarde (van betaling) en is houder voor de verkoper onder ontbindende voorwaarde (van betaling)"<sup>220</sup>

De aanduiding van de koper onder eigendomsvoorbehoud als voorwaardelijk eigenaar en de term 'voorwaardelijke eigendom' stuiten op verzet van anderen, die door Nève als monisten zijn aangeduid ter onderscheiding van de dualisten.<sup>221</sup> Een prominente monist is Kortmann:

"Tegen de figuur van één eigenaar onder ontbindende en één eigenaar onder opschortende voorwaarde van dezelfde zaak, heb ik verschillende bedenkingen. Zijn de twee eigenaars beiden 'echt' eigenaar? Dat zou betekenen dat er sprake is van een dubbel of gesplitst eigendomsrecht"<sup>222</sup>

Juist de onsplitsbaarheid en de absoluutheid van de eigendom staan er in deze visie aan in de weg dat wordt gesproken van voorwaardelijke eigendom, omdat deze terminologie suggereert dat er twee eigendomsrechten naast elkaar met betrekking tot hetzelfde goed zouden bestaan.<sup>223</sup> De ko-

220 H C F Schoordijk, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, NJB 1992, p. 1206, § 14, in dezelfde zin in WPNR 5148 (1971), p. 549. Daarover kritisch Kortmann, in *Quod licet* (Kleijnbundel), p. 206, m.n. het beeld van een 'voorwaardelijk bezitter', omdat dit beeld geen recht zou doen aan de feitelijke aard van de bezitsfiguur van titel 3:5 BW. Zie ook Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar boek 3 van het nieuwe BW, 1986, p. 117: "De eigendommen (onder opschortende en ontbindende voorwaarden) complementeren elkaar". Zo eerder ook W M Kleijn, noot onder HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nationaal Grondbezit/Kamphuis).

221 P L Nève, *Eigendomsvoorbehoud*, preadvies NVVR, no. 60, 2000, p. 59.

222 S C J J Kortmann, *Eigendom onder voorwaarde*, in *Quod licet* (Kleijnbundel), 1992, nr. 3, p. 200. Zie ook nr. 6, p. 201: "Mijns inziens moet worden aangenomen dat het niet de bedoeling is van de wetgever door de bepaling van art. 3:84 lid 4 BW een dubbel eigendomsrecht te creëren", nr. 18 en nr. 19, p. 211: "Eigendom onder opschortende voorwaarde is geen eigendom en evenmin een zakelijk recht ( )". In geval van een levering ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde wordt geen eigendom verkregen, ook geen voorwaardelijke eigendom. Zie later Kortmann, *Past "de trust" in het Nederlandse vermogensrecht?*, in *Vertrouwd met de trust*, 1996, op p. 188-190.

223 Zie ook Scheltema, diss., p. 344: "Een fundamenteel bezwaar tegen een gesplitst eigendomsrecht is gelegen in het feit dat het in strijd is met het absolute karakter van het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht op een zaak is één en ondeelbaar ( )". De definitie van het eigendomsrecht laat een deling in twee eigendomsrechten niet toe: er kunnen niet tegelijkertijd twee 'meest omvattende' rechten (art. 5:1 BW) op dezelfde zaak bestaan. Een van beide rechten kan dus geen eigendomsrecht zijn."



per onder eigendomsvoorbehoud heeft in dit perspectief niet meer dan een eigendomsverwachting zonder in enigerlei vorm goederenrechtelijk gerechtigde te zijn.<sup>224</sup> Zijn aanspraak is hoogstens van verbintenisrechtelijke aard.

Tegen deze laatste benadering pleit dat de positie van de koper sterker is dan die van een gewone crediteur. Doordat reeds is geleverd, ligt de eigendomsovergang geheel buiten de macht van de vervreemder, terwijl de vervulling van de opschortende voorwaarde meestal in de macht van koper ligt. Aangezien de levering na vervulling van de voorwaarde door de koper kan worden tegengeworpen aan schuldeisers van de vervreemder, zelfs indien de opschortende voorwaarde pas tijdens het faillissement van de vervreemder wordt vervuld, is er sprake van derdenwerking die de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud doet gelijken op een zakelijk recht. In de Duitse rechtspraak en in een groot deel van de Duitse doctrine wordt de positie van de koper dan ook aangemerkt als een bijzonder zakelijk recht, dat *das Anwartschaftsrecht* wordt genoemd.<sup>225</sup> Strikt genomen wordt dit bijzondere type zakelijk recht onderscheiden van het eigendomsrecht dat de koper zal gaan verwerven, maar de essentie is dat aan de koper een zakelijk recht is toegekend, dat hij als zodanig aan derden kan overdragen.

Ook in de Nederlandse doctrine wordt verdedigd dat aan de koper onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijk recht met betrekking tot het geleverde goed toekomt. De rechtsposities van de vervreemder en de verkrijger met betrekking tot één eigendomsrecht zouden zich tot elkaar verhouden als yin en yang, die samen het eigendomsrecht vormen, maar zonder dat tussen vervreemder en verkrijger sprake is van een gemeenschap aangezien hun rechtsposities ongelijksoortig zijn.<sup>226</sup> In deze

224 R D Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, diss Groningen, 1985, p 88 "De term 'voorwaarde' in het begrip 'opschortende voorwaarde' bij het eigendomsvoorbehoud betekent niets meer dan dat iemand *nu* (nog) geen eigendomsrecht heeft, maar dat hij *mogelijk* op een *later tijdstip* gerechtigde wordt. Het is in het geheel niet zeker dat het ooit tot een volwaardig en onvoorwaardelijk eigendomsrecht komt. Derhalve is het gebruik van de term 'voorwaardelijk eigendomsrecht' in wezen nietszeggend."

225 Het Duitse recht inzake het eigendomsvoorbehoud is door de Nederlandse wetgever explicite in overweging genomen, maar verworpen omdat de koper in het stelsel van de Nederlandse wet voorafgaande aan de vervulling van de voorwaarde geen bezit heeft, zie MvA II Inv bij art 3.91 (d d. 29 januari 1985), PG Inv 3, p 1237. In Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79, werd een Duits Anwartschaftsrecht aangemerkt als een vermogensrecht in de zin van art 3:6 BW, waarop dus conservatoir beslag kon worden gelegd, zie ook Rb Amsterdam 4 juni 1992, NJKort 1992, 51.

226 A V M Struycken, *de auditu* (oppositie diss A I.M. van Mierlo, 1988, n a v p 58 en 141-142).

benadering hebben beiden een goederenrechtelijke aanspraak met een mogelijk tijdelijk karakter. De vervreemder onder opschortende voorwaarde heeft een overdraagbaar 'goederenrechtelijk bepaald recht dat onder een voorwaarde is geleverd'. De precieze kwalificatie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde blijft echter ook in deze benadering omstreden.

Er bestaat ook in Nederland een tendens om zijn rechtspositie aan te duiden als die van de gerechtigde tot een *Anwartschaftsrecht*<sup>227</sup>. Wanneer het *Anwartschaftsrecht* als bijzonder zakelijk recht in het Nederlandse recht zou worden erkend, blijft het uitgangspunt van onsplitsbaarheid overeind, aangezien de vestiging van een erkend type zakelijk recht een wettelijk erkende wijze van splitsing oplevert. Erkenning van het *Anwartschaftsrecht* impliceert een uitbreiding van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.

Scheltema meent dat de door hem gepropageerde erkenning van de eigendomsverwachting als een goederenrechtelijk recht reeds in het wettelijk stelsel besloten ligt, nu de verzakelijking van het voorwaardelijke recht voortvloeit uit art. 3:84 lid 4 BW<sup>228</sup>. Bij gebreke van een alternatief naast eigendom en beperkte rechten zou het gaan om een nog onbenoemd type beperkt recht zijn, dat van rechtswege ontstaat zodra wordt geleverd krachtens een verbintenis onder voorwaarde. Volgens Scheltema wordt "het gesloten stelsel van de in de wet genoemde goederenrechtelijke bevoegdheden" dus niet doorbroken. Aangezien de wet verder in het geheel geen nadere regeling geeft van het beperkte recht dat krachtens art. 3:84 lid 4 BW zou ontstaan en aangezien dit recht moeilijk is te brengen onder de wettelijke omschrijving van het begrip beperkt recht in art. 3:8 BW, betwijfel ik of verdedigbaar is dat dit recht als beperkt recht deel uitmaakt van de *numerus clausus*<sup>229</sup>.

227 Zie over het *Anwartschaftsrecht* in de Nederlandse literatuur o.a. Bartels, a.w., 1997, p. 86-90 en 103, Neve, a.w. 2000, p. 47-50 en 58-59. Erkenning van een vorm van het *Anwartschaftsrecht* is door R. Zwitser sterk aanbevolen, De betekenis van het *Anwartschaftsrecht* voor de rangorde van zakelijke rechten, WPNR 6099 (1993), p. 524-530. Ertegen gekeerd heeft zich Nieskens-Isphording, Na de Vermerking nu ook de *Anwartschaftsrechte*?, in: Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, 1997, p. 105-114, waarover kritisch Scheltema, diss., p. 342.

228 Scheltema, diss., p. 348-351, eerder ook Zwitser, t.a.p.

229 Zo ook Hartkamp, WPNR 6556 (2003), p. 893.

## 7.7.2.3 En wat vond Meijers?

Gezien de onzekerheid over de positie van degene aan wie onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen, is de verleiding onweersaanbaar om Meijers er opnieuw op na te slaan. Om te beginnen bij zijn ontwerp valt op dat daarin geen bijzondere bepaling voor het eigendomsvoorbehoud was opgenomen; art. 3:92 BW, dat een wettelijk vermoeden formuleert voor het eigendomsvoorbehoud, stamt uit het Gewijzigd Ontwerp, dat bij de Tweede Kamer is ingediend op 18 maart 1971. Het Ontwerp Meijers bevatte al wel art. 3:38 BW over de voorwaardelijke rechtshandeling. Uit de toelichting daarbij blijkt wel dat de overdracht van eigendom zowel onder een opschortende als een ontbindende voorwaarde kan geschieden, maar niet wat de positie van de wederpartij dan is.<sup>230</sup> Het Ontwerp Meijers bevatte bovendien art. 3:84 lid 4 BW. Ook de toelichting van Meijers hierbij biedt echter geen nader inzicht; Meijers lijkt vooral te hebben bedoeld een uitlegvermoeden te creëren voor het geval dat de partijen bij een voorwaardelijke verbintenis tot levering zijn vergeten om de voorwaarde nogmaals bij de levering overeen te komen.<sup>231</sup>

Ook in De Algemene Begrippen uit 1947 komt het eigendomsvoorbehoud nergens ter sprake. Bij de beschouwingen over de vraag in welke gevallen het doelmatig is om een subjectief recht toe te kennen aan degene die met betrekking tot een goed een bevoegdheid heeft, besteedt Meijers wel aandacht aan de subjectieve rechten onder opschortende voorwaarde:

"Aangezien ook hier de belanghebbende conservatoire maatregelen kan treffen, onder de levenden en na dode beschikken kan, op zijn voorwaardelijk recht beslag gelegd kan worden, het voorwaardelijk recht in de huwelijksgemeenschap valt en de bijzondere bescherming van een verkregen recht aanwezig is, neigt men er vrij algemeen toe om zelfs tijdens de periode van onzekerheid een subjectief recht aan te nemen. Het blijft dan een incongruentie, maar geen onoverkomelijk bezwaar, dat bij het voorwaardelijk vorderingsrecht vóór de vervulling der voorwaarde wel een subjectief recht worden aangenomen, doch daarbij nog niet van het bestaan van een verplichting van de eventuele schuldenaar kan gesproken worden"<sup>232</sup>

230 TM bij art. 3:38, PG 3, p. 185. Vgl. ook WPNR 2104 (1910), p. 205. "Het is dan ook mogelijk door de toevoeging van eenige ontbindende voorwaarden bij een eigendomsoverdracht de bevoegdheden van den nieuwen *eigenaar* geheel gelijk te maken aan die van een opstaller of erfpachter"

231 TM bij art. 3:84 lid 4, PG 3, p. 318. W.J. Zwolve, *Temporary and Conditional Ownership*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, op p. 339, verklaart art. 3:84 lid 4 BW vanuit Meijers' verzet tegen terugwerkende kracht van de vervulling van een voorwaarde.

232 Meijers, a w., p. 91

Op de meeste plaatsen in de Algemene Begrippen kan met de term subjectief recht zowel op goederenrechtelijke rechten als op vorderingsrechten zijn gedoeld, maar juist hier lijkt het alleen om vorderingsrechten te gaan.

Al met al blijft onduidelijk in hoeverre Meijers aan degene aan wie een goed onder opschortende voorwaarde is overgedragen, een subjectief recht wenste toe te kennen. Nergens blijkt uitdrukkelijk hoe hij precies de gevolgen van art. 3:84 lid 4 BW voor de rechtspositie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde heeft gezien. Vermoedelijk vond Meijers het doelmatig om hem een subjectief recht toe te kennen. De hierna volgende beschouwingen over de overdracht onder tijdsbepaling geven aanleiding dit te denken.

### 7.7.3 Overdracht onder tijdsbepaling als vorm van temporele splitsing

#### 7.7.3.1 Wettelijk kader

In § 3.7.2.4 is geconstateerd dat het eigendomsrecht als zodanig in beginsel oneindig is. De oneindigheid geldt niet alleen het eigendomsrecht in statische zin, maar ook het eigendomsrecht in dynamische zin: verlies van het eigendomsrecht door het enkele verloop van tijd krachtens een daartoe strekkende bepaling door partijen bij een overdracht niet past in het systeem van het continentale goederenrecht.

In het Nederlandse wet blijkt dat ten eerste uit art. 3:85 BW, dat de overdracht onder een tijdsbepaling regelt.<sup>233</sup> Een overdracht van een goed voor een beperkte tijd wordt in lid 1 geconverteerd in de vestiging van een recht van vruchtgebruik gedurende die tijd; een overdracht onder opschortende tijdsbepaling wordt in lid 2 geconverteerd in een onmiddellijke overdracht met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de vervreemder. De wetgever heeft gemeend dat het recht van vruchtgebruik passender is dan tijdelijk eigendom.<sup>234</sup>

233 Zie over art. 3:85 en art. 4:136 BW m.n. E.B. Rank-Berenschot, Overdracht en toebehoren onder tijdsbepaling (achtergrond en betekenis van art. 3:85 BW), in: Van Beheering (Grotiusbundel), 1998, p. 149-162. Buiten beschouwing blijft hier dat het onderscheid tussen een voorwaarde en een tijdsbepaling soms problematisch is. Volgens Rank-Berenschot, p. 159, kan bij leasecontracten en repo-transacties reden tot twijfel bestaan of sprake is van een voorwaarde dan wel een verkapte tijdsbepaling. Zie verder § 8.2.4.1.

234 Nota II Inv. bij art. 3:85 (d.d. 2 januari 1986), PG 3, p. 1204: "De strekking van de bepaling is dat tijdelijke eigendom is uitgesloten, maar dat nu de wet de figuur vruchtgebruik kent, aangenomen moet worden dat de strekking daarvan zozeer met die van de tijdelijke eigendom overeen komt dat partijen geacht moeten worden dit mindere te hebben bedoeld."

De technische vormgeving van art 3 85 BW is gecompliceerd niet de overdracht zelf, maar de verbintenis tot overdracht voor een bepaalde tijd wordt geconverteerd in een verbintenis tot vestiging van een beperkt recht<sup>235</sup> Deze conversie van de titel vindt plaats ook zonder dat de leveringsformaliteiten zijn vervuld De werking van het causale stelsel leidt ertoe dat de levering het wettelijke geconverteerde gevolg heeft Aanneemelijk is dat de conversie in een vruchtgebruik ook plaatsvindt indien partijen desondanks uitdrukkelijk leveren tot overdracht Ten aanzien van registergoederen voorkomt de techniek van conversie van de titel dat tijdelijke eigendom wordt ingeschreven in de openbare registers, bij het opmaken van de leveringsakte zal een notaris op grond van art 3 85 BW rekening moeten houden met de geconverteerde titel<sup>236</sup>

De regel in art 3 85 BW is niet beperkt tot het eigendomsrecht ook de overdracht van een beperkt goederenrechtelijk recht onder een tijdsbepaling wordt geconverteerd in een vruchtgebruik op dat beperkte recht Juist beperkte rechten plegen echter te worden gezien als een in beginsel tijdelijke inbreuk op het eigendomsrecht, de duur van een beperkt recht kan krachtens een beding bij de vestiging worden beperkt<sup>237</sup> De regel in art 3 85 BW is echter wel van belang voor de overdracht van een reeds gevestigd beperkt recht<sup>238</sup> De automatische overgang van het voort bestaande beperkte recht naar een ander wordt erdoor voorkomen

In het nieuwe erfrecht is een tweede wettelijke bepaling die de overgang van een goederenrechtelijk recht door enkel verloop van tijd tegenhoudt, te vinden in art 4 136 BW Deze bepaling geeft wettelijke vorm aan de erfstelling onder tijdsbepaling evenals een overdracht onder tijdsbepaling krachtens art 3 85 BW, wordt een making onder tijdsbepaling van rechtswege geconverteerd in een recht van vruchtgebruik voor de eerst

---

235 Nader in kritische zin over de vormgeving van art 3 85 BW H C F Schoordijk, *Verogensrecht in het algemeen* naar boek 3 van het nieuwe BW, 1986, p 116 117, en Rank-Berenschot, a w , p 158-161 Zie over het rechtsgevolg van art 3 85 BW nog § 8 6 4

236 Aldus de verklaring voor de techniek van art 3 85 BW bij Jac Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss Leiden, 1988, § 7 20 sub b

237 Het betreft hier weer de eindigheid van rechten in statische zin Op basis van de tekst van art 3 98 BW is ook afstand een vorm van overdracht Op de afstand van een beperkt recht onder een tijdsbepaling moet art 3 85 BW echter niet toepasselijk worden geacht, het gaat daarbij om beeindiging van een beperkt recht, niet om werkelijke overdracht onder tijdsbepaling Bovendien zou het ontstaan van een vruchtgebruik om het later eindigende beperkte recht onzin zijn

238 De passages bij Suijling waarin wordt gesteld dat de overdracht onder tijdsbepaling van een beperkt recht wel mogelijk is (zie § 7 2 2), geven niet langer het geldende recht weer Op dit punt kan met Rank-Berenschot, a w , p 151, gesteld worden dat art 3 85 BW behoort tot de nouveautes van het nieuwe BW

geroepene, zodat het bloot-eigendomsrecht van meet af aan bij de verwachter rust.

Op deze wijzen wordt door de werking van de wet voorkomen dat een goederenrechtelijk recht wordt gecreëerd dat door het enkele verloop van tijd van rechtswege uit het vermogen van een rechtssubject verdwijnt doordat het overgaat in het vermogen van een ander.<sup>239</sup> Het verloop van de gestelde termijn leidt enkel tot verval van het beperkte recht en diensengevolge aanwas van het moederrecht, dat continu blijft voortbestaan. Temporele beperkingen kunnen derhalve alleen in de vorm van beperkte goederenrechtelijke rechten worden gecreëerd of in de vorm van obligatoire constructies die de verkrijger verplichten het goed na verloop van bepaalde tijd terug over te dragen.

### 7.7.3.2 Praktische consequenties

De regel in art. 3:85 BW kan in de rechtspraak een rol spelen bij de vormgeving van overnames van bedrijven, zowel bij activa-transacties als bij aandelentransacties. Het moment van levering is in de praktijk zelden het moment waarop de overname in economische zin effectief wordt; meestal wordt de koopprijs bepaald op basis van de boekhoudkundige waarde die het bedrijf had op een eerder moment voorafgaande aan de juridische levering, zoals aan het begin van een boekjaar of kwartaal, of op een later moment na de juridische levering. Het accent ligt meestal zozeer op de financieel-economische aspecten van de transactie, voor zover nodig verbintenisrechtelijk vorm gegeven door regeling van de economische eigendomsverhoudingen met waardeverrekeningsafspraken en garanties, dat het moment van juridische levering zonder belang is.

---

239 Een wettelijk curiosum dat een vorm van tijdelijke eigendom lijkt te scheppen, is art. 2:356 sub e BW. Deze bepaling maakt het mogelijk dat de ondernemingskamer bij wanbeleid van bestuurders van een vennootschap de voorziening van 'tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer' treft. Blijkens de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling is beoogd dat door middel van de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer aan een onafhankelijke derde een patstelling ten aanzien van die vennootschap wordt doorbroken, doordat die derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem krijgt. Hierover J. W. H. van Wijk, in: *Vertrouwd met de trust*, 1996, p. 339 e.v. Het nauwelijks uitgewerkte art. 2:356 sub e BW moet nu worden verstaan als de basis voor een slechts obligatoire verplichting tot levering van aandelen en een ook slechts obligatoire verplichting tot teruglevering na verloop van de vastgestelde tijd. De wetgever had overigens ook kunnen kiezen voor een vorm van onderbewindstelling, waarmee de onafhankelijke derde de bevoegdheid tot uitoefening van het stemrecht zou krijgen.

Soms wordt er echter voor gekozen om de juridische overgang en de economische overname te laten samenvallen door de juridische levering op een later moment effectief te laten worden, zoals om middernacht aan het einde van de dag waarop de leveringsformaliteiten worden verricht, of op een nog later tijdstip, zoals de laatste dag van het kwartaal of van het jaar, waarop het bedrijf ook in economische zin overgaat. Het gaat dan om een voltooide levering onder opschortende tijdsbepaling. Op basis van de letter van art. 3:85 BW is onzeker of de conversiebepaling dan van toepassing is; de koopovereenkomst noemt alleen het moment van overgang van de economische risico's zonder dat de verplichting bestaat tot levering onder een tijdsbepaling. Naar de strekking van art. 3:85 BW valt een dergelijk geval waarschijnlijk wel onder deze conversiebepaling.<sup>240</sup> Het gevolg is dat op grond van lid 2 de blooteigendom van de activa of de aandelen onmiddellijk overgaat, onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik dat eindigt op het moment waarop de levering krachtens de leveringsakte effectief wordt. Gezien de gedetailleerde regeling van hun verbintenisrechtelijke rechten en plichten, zal dit voor de betrokken partijen meestal niet problematisch zijn.<sup>241</sup>

Lastig is het wel voor de notaris die meestal bij een dergelijke transactie betrokken is. Als art. 3:85 BW inderdaad van toepassing is, moet hij daaraan waarschijnlijk de gevolgtrekking verbinden dat niet de eigendom met uitgestelde werking wordt geleverd, maar dat de blooteigendom met onmiddellijke werking wordt geleverd onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik dat eindigt op het voor overgang bepaalde moment. De notariële leveringsakte gaat er dan heel anders uitzien. De wettelijk noodzakelijke constructie is in de praktijk moeilijk uit te leggen aan de betrokken partijen, zeker wanneer buitenlandse partijen bij de transactie zijn betrokken.

Of de wetgever aan een dergelijk scenario heeft gedacht, is onduidelijk. Gezien het feit dat art. 3:85 BW geen nietigheid van de levering tot gevolg heeft, maar slechts een ander rechtsgevolg dan voorzien, kan de verleiding bestaan om toch te kiezen voor de vorm van een gewone levering met uitgestelde werking. Wellicht is hiervoor ook wel iets te zeggen: een

---

240 De toepasselijkheid van art. 3:85 BW kan vermoedelijk niet worden vermeden door buitenlands recht van toepassing te verklaren op de overeenkomst. Hoewel de bepaling betrekking heeft op de verbintenis tot levering, gaat het om het goederenrechtelijke gevolg. Daarom moet art. 3:85 BW in de internationaal privaatrechtelijk opzicht worden aangemerkt als een regel die deel uitmaakt van het overdrachtsstatuut.

241 Mochten aan het moment van overgang van de bloot-eigendom bijvoorbeeld fiscale consequenties verbonden zijn, dan zouden dergelijke regels in het licht van art. 3:85 BW een meer genuanceerde uitleg dienen te krijgen.

levering met onmiddellijke werking die echter economisch op verbintenisrechtelijke wijze geheel is ontdaan van enige betekenis, creëert een gunstelde situatie. Al met al rijst de vraag wat nu precies de ratio van art. 3:85 BW is.

### 7.7.3.3 Ratio van art. 3:85 BW

De bepaling in art. 3:85 BW is een novum dat in veel opzichten verband houdt met de *numerus clausus*. Zo kan de bepaling worden gezien als een middel om te voorkomen dat de dwingendrechtelijke bepalingen voor het recht van vruchtgebruik worden ontdoken.<sup>242</sup> Duidelijk is ook dat de bepaling een versterking oplevert van het eigendomsbegrip dat aan de wet ten grondslag is gelegd; de temporele oneindigheid van het eigendomsrecht wordt erdoor gewaarborgd.<sup>243</sup> Schoordijk plaatst art. 3:85 BW bovendien in een meer beleidsmatig perspectief:

"De afkeer van de wetgever van naar de tijd gesplitste eigendommen valt te begrijpen. Zij zouden, indien het recht ze zou erkennen, nieuwe zakelijke rechten opleveren, hetgeen haaks staat op de policy van de wetgever het zaken- en goederenrechtelijke systeem gesloten te houden."<sup>244</sup>

Zo bezien is de bepaling een ankerpunt voor de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.

Bij nadere analyse blijken nog andere, meer pragmatische overwegingen aan de bepaling ten grondslag te liggen. Art. 3:85 BW is van belang voor de onderlinge verhoudingen tussen de verschillende belanghebbenden bij een goed, zo blijkt uit de Toelichting Meijers:

"Wat de overdracht van de eigendom betreft, deze kan zowel onder een opschortende, als een ontbindende voorwaarde alsook onder een last geschieden. Eigendom onder een opschortende of ontbindende tijdsbepaling wordt echter in het ontwerp als een vruchtgebruik aangemerkt. Een zogenaamde tijdelijke eigenaar moet immers evenals een vruchtgebruiker bij het hem toekomende genot rekening houden met het recht van degene die na hem komt."<sup>245</sup>

242 Nota II Inv. bij art. 3:85 (d.d. 2 januari 1986), PG 3, p. 1204.

243 Anders: S.C.J.J. Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, in: *Quod licet* (Kleijnbundel), 1992, p. 199-211, nr. 8, p. 202: Uit art. 4:136 BW en art. 3:85 BW "mag naar mijn mening niet worden afgeleid dat de onbepaaldheid van de duur van de eigendom een wezenskenmerk is."

244 Schoordijk, a.w., p. 117.

245 TM bij art. 3:38, PG 3, p. 185. Zie ook Rank-Berenschot, a.w., p. 151-154. Overigens geldt art. 3:85 BW gezien zijn tekst niet alleen voor overdracht van eigendom.



Bewerkstelligd moet worden dat de tijdelijk belanghebbende rechtens gehouden is rekening te houden met de opvolgende belanghebbende. Juist het in de pandektistiek verabsoluteerde eigendomsbegrip uit de Franse revolutie, dat diep geworteld is geraakt in de continentale rechtstraditie, biedt weinig aanknopingspunten voor beperkingen van het eigendomsrecht en van de daaruit voor de eigenaar voortvloeiende bevoegdheden ten behoeve van andere belanghebbenden. Daarom is gekozen voor een constructie die de tijdelijke eigenaar wel dwingt om rekening te houden met zijn 'rechtsopvolger' na verloop van tijd: door de tijdelijk belanghebbende als vruchtgebruiker aan te merken, ontstaat tussen de opvolgende belanghebbenden een goederenrechtelijke verhouding en komt de tijdelijk belanghebbende te verkeren in de positie van een beperkt gerechtigde ten opzichte van een hoofdgerechtigde. Juist de regeling van het recht van vruchtgebruik biedt de benodigde waarborgen voor de als eigenaar gepositioneerde opvolger in het gebruiksbelang.<sup>246</sup> Hier komt nog bij dat het wetsontwerp voorzag in het instrument van onderbewindstelling als sluitsteen van de wettelijke regeling van de onderlinge verhouding tussen de verschillende belanghebbenden.<sup>247</sup>

Zoals in dit hoofdstuk in allerlei kaders naar voren is gekomen, gaat het hierbij meer in het algemeen erom dat overbedeling wordt voorkomen.<sup>248</sup> De reden hiervoor is niet zozeer dat de ene partij meer rechten en bevoegdheden krijgt dan hij behoeft voor het door de betrokken partijen beoogde doel, maar vooral dat de andere partij minder rechten en bevoegdheden overhoudt dan hij nodig kan hebben om zijn positie als belanghebbende veilig te stellen. Het gaat dus eigenlijk vooral om het voorkomen van onderbedeling van rechten voor de belanghebbende.

Dezelfde principiële overweging is terug te vinden in de Algemene begrippen van Meijers, maar daaraan wordt daar nog een pragmatisch argument toegevoegd:

"Wanneer het vaststaat of waarschijnlijk is, dat een recht slechts van tijdelijke duur is en dat daarna gelijke bevoegdheden door een ander zullen worden uitgeoefend, brengt dit voor de eerstgeroepene verschillende verplichtingen met zich mede: een verplichting om de zaak in stand te houden en soms een verplichting om zekerheid te stellen; men heeft dan de keuze om het recht bij opeenvolging aan verschillende

---

246 Wettelijke voorschriften ter bescherming van de blooteigenaar zijn o.m. art. 3:205 BW, dat de vruchtgebruiker verplicht jaarlijks een boedelbeschrijving op te maken, art. 3:207 BW, dat de gebruiksbevoegdheden van de vruchtgebruiker regelt en hem verplicht de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht te nemen, art. 3:209 BW, dat de vruchtgebruiker verplicht het voorwerp van zijn vruchtgebruik te verzekeren.

247 Zie ontw.-art. 3.6.1.14c lid 1 sub b, PG 3, p. 533, waarover § 7.5.6.

248 De overbedelingsdimensie is ter sprake geweest in § 7.4.2 in het kader van de fiducia cum creditore, en in § 7.5.3.2 in het kader van de fiducia cum amico.

personen toe te kennen, zoals men bij de Engelse estate for life en de continentale Vor- en Nacherbe doet, of de eerstgeroepene slechts een beperkt zakelijk recht en de tweede van meet af aan een volkomen recht, beperkt door het recht van de eerstgeroepene toe te kennen.

Op het vasteland van Europa ziet men er geen bezwaar in om iemand een recht toe te kennen, ook al komt niet hem, maar een ander het genot van het voorwerp van het recht toe. Mits de mogelijkheid van het wegvallen van het recht van de eerstgeroepene ten bate van de tweede geroepene vaststaat en mits laatstgenoemde reeds tijdens het recht van de eerstgeroepene enkele bevoegdheden, hoe gering ook, heeft, b.v. de bevoegdheid zijn rechtspositie aan een ander over te doen, acht men het verkieselijker om deze persoon van meet af aan het volle recht, bezwaard met een vruchtgebruik toe te kennen dan hem slechts een toekomstig recht of een recht onder een opschortende tijdsbepaling te geven. Door de tweede geroepene een recht te verlenen, dat de voortzetting is van het vroegere ongedeelde recht, meent men op de eenvoudigste wijze de rechtspositie van partijen te schetsen.<sup>249</sup>

De door Meijers gekozen insteek van beschrijving van een algemene rechtsleer vertroebelt hier weer enigszins de blik, maar toch wordt duidelijk wat Meijers wenselijk achtte voor continentaal-rechtelijke wetgeving: Meijers beoogde niet alleen ter bescherming van de belanghebbende aan hem een subjectief recht toe te kennen, maar ook om hem beter in staat te stellen iets met zijn te verwachten recht op een goed te doen. De toekenning van een subjectief recht aan de belanghebbende stelt hem in staat om met zijn eigendomsverwachting te gaan handelen. Zo bezien vormt ook art. 3:85 BW een fundament voor het vermogensrechtelijk bouwwerk dat in het teken van de verhandelbaarheid van goederen staat.<sup>250</sup>

249 Meijers, *De algemene begrippen*, 1947, p. 282-283 in verband met p. 90. De passages maken onderdeel uit van de beschouwingen over het subjectieve recht in verband met de mogelijke indelingen van de vermogensrechten. Zie ook p. 280.

250 Zwolve, *Temporary and Conditional Ownership*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, op p. 341-342, bespreekt de stroming die aan de koper onder eigendomsvoorbehoud voorwaardelijke eigendom wil toekennen en vermeldt daarbij dat deze benadering het voordeel heeft dat de koper zo de mogelijkheid heeft om over zijn aanspraak op de geleverde zaak te beschikken. Opmerkelijk is dat Zwolve deze dimensie geheel onvermeld laat in zijn recente studie over art. 3:85 BW *Simplex et perpetuum - Beschouwingen over eigendom en tijd*, 2006. In de slot-beschouwing in hoofdstuk VII lijkt Zwolve de motieven van Meijers voor art. 3:85 BW vooral te zoeken in leerstellige voorkeuren en een hang naar begripsmatige zuiverheid die gedeeltelijk ten onrechte aan Meijers in de context van het fiducia-verbod plegen te worden toegedicht. Het zuiver praktische motief van Meijers om de verhandelbaarheid van het recht van de verwachter te verbeteren door hem een vermogensrecht toe te kennen, blijft in de begripshistorische studie van Zwolve onvermeld.

## 7 7 4 Conclusie ten aanzien van splitsing in de tijd

Splitsing in de tijd blijkt in het systeem van de wet slechts in beperkte mate mogelijk te zijn. Om een tijdelijk recht tot een goed te verlenen, moet worden gekozen voor een van de beperkte rechten, die alle in duur beperkt kunnen worden.

Verder kan door middel van een voorwaarde in de verbintenis tot levering of in de levering zelf worden bewerkstelligd dat een rechthebbende met betrekking tot een goed op een later moment zonder enige nadere handeling zijn recht ziet overgaan op een ander. Van een beperking in de tijd is in geval van bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud strikt genomen echter geen sprake. Bij een overdracht onder voorwaarde, aangenomen dat de voorwaarde niet een verkapte tijdsbepaling is, staat niet vast dat de voorwaarde op een bepaald tijdstip in vervulling gaat.<sup>251</sup> Zo gezien wordt de stelling dat de oneindigheid een fundamentele eigenschap is van goederenrechtelijke rechten in het algemeen en van het eigendomsrecht in het bijzonder niet ontkracht door de wettelijke mogelijkheid om eigendom over te dragen onder een voorwaarde.<sup>252</sup>

Van groter belang dan het dogmatische debat in hoeverre het wettelijke systeem, mede gezien het daaraan ten grondslag liggende eigendomsbegrip, een temporele vorm van splitsing in de tijd toelaat, zijn de geconstateerde belangen die met onsplitsbaarheid in de tijd worden gediend. Een beperkt recht, in plaats van tijdelijke eigendom, creëert een rechtsverhouding tot de latere belanghebbende, die aan deze verwachter de juridische basis geeft die hij nodig kan hebben om zijn aanspraken in de verhouding tot de tijdelijke rechthebbende veilig te stellen. Daarmee is de wettelijke conversie van tijdelijke eigendom niet zozeer een kwestie van begripsmatige zuiverheid, maar een kwestie van een doelmatige spreiding van rechten en bevoegdheden. Last but not least wordt zo ook het maatschappelijk belang van vergroting van de verhandelbaarheid van goederen gediend door aan de verwachter een vermogensrecht in de vorm van bloot-eigendom toe te kennen, wordt hij in staat gesteld de waarde van zijn te verwachten belang te benutten door zijn vermogens-

251 Kortmann, a.w., 1992, no. 7, p. 202. Bij het eigendomsvoorbehoud gaat het mijns inziens om een *mogelijk* in tijd beperkt eigendom.

252 In het erfrecht schept de wet een interessant verband tussen een voorwaarde en tijdsverloop. Art. 4:140 BW bepaalt dat een aan een erfstelling toegevoegde ontbindende voorwaarde vervalt wanneer deze dertig jaar na het overlijden van de erf-later nog niet is vervuld. Zie TM bij art. 4:140, PG 4, p. 821. Onvervulde voorwaarden mogen de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere laten. De reikwijdte van de bepaling is in art. 7:180 BW verruimd tot de overeenkomst van schenking onder levenden.

recht te vervreemden of te verpanden. Zo bezien komt art. 3:85 BW tegemoet aan de behoeften in de rechtspraktijk.

Denkt men in deze lijn door, dan ligt het voor de hand dat ook voor het eigendomsvoorbehoud een constructie wordt gekozen waarin aan de koper een subjectief recht in de vorm van een goederenrechtelijk recht toekomt. Juist hij heeft behoefte aan een recht dat vatbaar is voor vervreemding en verpanding, ook al zou aan dit recht krachtens art. 3:84 lid 4 BW een voorwaarde zijn verbonden. Geconstateerd is echter dat het moeilijk is om de positie van de koper aan wie is geleverd onder eigendomsvoorbehoud adequaat te kwalificeren binnen het kader van de wet. Het eigendomsrecht berust ontegenzeggelijk nog bij de verkoper en daarom is het bezwaarlijk om de positie van de koper ook als eigendom te duiden. Een recht *sui generis* op basis van art. 3:84 lid 4 BW laat zich moeilijk inbedden. Van een beperkt recht is gezien de begripsomschrijving in art. 3:8 BW ook geen sprake. Een conversiebepaling zoals art. 3:85 BW voor overdracht onder tijdsbepaling ontbreekt.

De conversiebepaling in art. 3:85 BW biedt wel inspiratie voor de wijze waarop de wetgever een nadere regeling zou kunnen treffen. Voor zover het eigendomsvoorbehoud strekt tot zekerheid voor betaling van een geldsom, is goed denkbaar dat het krachtens een bijzondere wettelijke bepaling van rechtswege wordt geconverteerd in een voorbehouden vuistloos pandrecht, zonder dat voor het ontstaan van dit voorbehouden vuistloos pandrecht het vormvereiste van een geregistreerde onderhandse akte wordt geëist.<sup>253</sup> Een eigendomsvoorbehoud vervult immers in feite vrijwel altijd de functie van een zekerheidsrecht.<sup>254</sup> De koper krijgt dan onmiddellijk de bloot-eigendom, die hij kan vervreemden of verpanden. Het voorbehoud van het pandrecht waarborgt dat de verkoper voorrang behoudt boven eventuele eerder door de koper bij voorbaat gevestigde pandrechten. Aangezien de in art. 3:81 lid 1 BW voorziene techniek van vestiging door voorbehoud in feite aan de verkoper een absolute voorrang biedt, is het van zoveel minder belang dat precies vaststaat op welk tijdstip het

253 Denkbaar is dat het door wettelijke conversie ontstane pandrecht alleen strekt tot zekerheid van de koopsom, of eventueel ook de vorderingen die vallen binnen het in art. 3:92 lid 2 BW geformuleerde kader. Wenst men de reikwijdte van het pandrecht te verruimen, dan zou daarvoor toch een geregistreerde akte kunnen worden vereist.

254 Vgl. Zwolve, *Temporary and Conditional Ownership*, in: *Property on the threshold of the 21st century*, 1996, p. 342, noot 21. "the European law (including the common law of England) on reservation of title clauses is fundamentally flawed. There is a deeply rooted impotence to see things realistically. Why not recognize that the seller's title is a security interest, whereas the buyer has obtained ownership subject to that security interest? The Americans have been able to see this, why shouldn't we?"

pandrecht ontstaat, dat het in art. 3:237 BW gestelde vormvereiste van een geregistreerde akte overbodig zou zijn.

Aangenomen dat een dergelijke conversie zonder wettelijke grondslag teveel is gevraagd van een rechter, vergt deze benadering wetgeving.<sup>255</sup> Dan zijn in plaats van een conversiebepaling ook andere constructies denkbaar.<sup>256</sup> Zonder wetgeving blijft onzeker wat de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud is.<sup>257</sup> Toekenning van een subjectief recht in enigerlei vorm zou passen in het systeem van de wet en de daaraan ten grondslag liggende doelen, met name de verhandelbaarheid van goederen.

## **7.8 Andere varianten van afsplitsing van bevoegdheden**

### *7.8.1 Het uitgangspunt*

Of men het eigendomsrecht of één van de andere volledige rechten nu presenteert als een bundel bevoegdheden of als een alomvattend 'totaal-recht', steeds verschaft een goederenrechtelijk recht aan de rechthebbende een aantal bevoegdheden met betrekking tot een goed. Deze bevoegdheden bestaan enerzijds uit bijzondere bevoegdheden die samenhangen met

---

255 Een gunstige bijkomstigheid van een conversie-benadering is dat de eigendom van de geleverde zaak in het vermogen van de verkrijger valt, met als gevolg dat het - omstreden en complexe - bodemrecht van de fiscus in veel minder gevallen een rol zal spelen.

256 Denkbaar is hernieuwde invoering in uitgebreidere vorm van het verkopersprivilege, dat was geregeld in art. 1190 Oud BW 'De verkoper van roerende en nog onbetaalde goederen kan zijn voorrecht doen gelden op den koopprijs van die goederen, indien zij zich nog in handen van den schuldenaar bevinden, zonder onderscheid of hij die goederen op tijd of zonder tijdsbepaling verkocht heeft'. Ook denkbaar is het recht van reclame uit art. 7:39 BW onder andere door schrapping van de vervalttermijnen uit te bouwen tot de in art. 3:92 lid 2 BW geformuleerde grenzen

257 Wellicht is sprake van een wilsrecht, dat door Suijling een 'recht tot rechtsvorming' is genoemd. Door de koopsom volledig te betalen kan de koper onder eigendomsvoorbehoud zelfstandig het rechtsgevolg bewerkstelligen dat hij de eigendom verworft. Zijn 'recht' kan worden geplaatst bij de 'toeigeningsrechten', die volgens W. Snyders, *Wilsrechten*, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR 6365-6367 (1999), op 558, neerkomen op occupatie. De meeste typen wilsrechten worden aangemerkt als zelfstandige vermogensrechten. Het rechtsbegrip 'wilsrecht' is echter erg diffuus. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 296, rangschikte de wilsrechten naast de relatieve en de absolute rechten, deze indeling komt in zijn overige werk niet meer terug. Zie ook Snyders, WPNR 6366, p. 586. "De meeste wilsrechten onttrekken zich juist aan een indeling omdat zij elementen vormen van een meer omvattende rechtsverhouding. Zij kunnen dan ook niet goed als een categorie van gelijke orde als relatieve en absolute rechten worden gezien, waartussen als gevolg van allerlei overgangsvormen trouwens ook al geen scherp onderscheid te maken valt."

de aard van het desbetreffende type goederenrechtelijke recht, zoals de bevoegdheid tot gebruik bij het recht van vruchtgebruik of de bevoegdheid tot executoriale verkoop van het goed van een ander bij de zekerheidsrechten, en anderzijds uit een aantal algemene bevoegdheden die aan elke goederenrechtelijk gerechtigde toekomen, zoals de revindicatie en de beschikkingsbevoegdheid.

De vraag of een of meer bevoegdheden van een goederenrechtelijk recht door de rechthebbende naar eigen believen kunnen worden afgesplitst, is niet alleen in de context van de vestiging van beperkte rechten gerezen. De afsplitsing van bevoegdheden kan zich ook in andere varianten voordoen. Steeds rijst dan de vraag of dergelijke vormen van afsplitsing op grond van een wilsuiting in beginsel mogelijk zijn. Bij de bespreking van de trust en van andere fiduciaire rechtsverhoudingen die strekken tot beheer is door Beekhuis en later Mijnsen in algemene zin uitdrukking gegeven aan het uitgangspunt dat de afsplitsing van bevoegdheden in beginsel niet mogelijk is:

"Een zakelijk recht is een complex van bevoegdheden, waaruit men niet willekeurig bevoegdheden kan lichten teneinde deze tot zelfstandige subjectieve rechten te verheffen."<sup>258</sup>

Dit uitgangspunt heeft oude wortels: de onafsplitsbaarheid van bevoegdheden is stevig verankerd in de pandektistiek. Het zakenrechtelijk deel van het Duitse BGB van 1900 is sterk geïnspireerd door het voorontwerp van Reinhold Johow bij zijn Voorontwerp voor het zakenrecht uit 1880.<sup>259</sup> In de toelichting bij de voorontwerp schreef Johow uitdrukkelijk over de

258 Asser-Beekhuis 3-I, 9<sup>e</sup> druk 1957, p. 335, 12<sup>e</sup> druk 1985, nr 637, zie reeds de interventies van Beekhuis naar aanleiding van de preadviezen van Uniken Venema en Buning, Hand. N J V 1956-II, p 34 "het is twijfelachtig, of men iedere bevoegdheid, die in een recht is opgesloten, kan promoveren tot een zelfstandig subjectief recht", en van G de Grooth, p 39 "ik ontken dat men ook een bevoegdheid, een van de vele bevoegdheden, die gebundeld zijn in een subjectief recht, nog eens apart zou kunnen overdragen" De geciteerde zin uit Asser-Beekhuis, nog opgenomen in de 13<sup>e</sup> druk, nr 549, is niet terug te vinden in de 14<sup>e</sup> druk uit 2001, waarin dit gedeelte is herzien door C C van Dam. Zie verder, eveneens in het kader van fiduciaire verhoudingen, H.J. Snyders, Goederenrecht, 2001, nr 201 "Ons Nederlands recht kent geen splitsing van het toebehoren in die zin dat de rechthebbende een kwalitatief stuk van het toebehoren aan een ander verschaft"

259 Het ontwerp voor het zakenrecht en de toelichting van Johow (1823-1904) zijn opnieuw uitgegeven door Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, verfaßt von Reinhold Johow, deel 1, Berlin 1982. Reeds in 1874 was door Johow een vertrouwelijke schets voor het ontwerp zakenrecht voorgelegd aan de Redaktorenkonferenz. Ook deze schets is gepubliceerd door Schubert, p XXIX e v

mogelijkheden om door middel van een wilsverklaring bevoegdheden af te splitsen uit het eigendomsrecht

Da das Eigenthum an sich das Recht gewährt, über die Sache nach Willkur zu schalten, namentlich derselben sich zu begeben, so kann man versucht sein, hieraus zu folgern, daß der Eigenthümer auch berechtigt sein müsse, sich einer einzelnen aus seinem Recht fließenden Befugniß zu entäußern, d h das Eigenthum selbst durch einen Akt seines Willens einer Beschränkung zu unterwerfen ( ) Dieselbe ist indessen in der vorausgesetzten Allgemeinheit nicht richtig Das Verfügungsrecht des Eigenthümers findet seine natürliche Begrenzung durch den Begriff des Eigenthums Dieser Begriff ist durch das objektive Recht gegeben und der Bestimmung durch Privatwillkur entrückt Der Eigenthümer kann allerdings an sich mit der Sache machen, was er will, er kann dieselbe namentlich auch aus seinem Vermögen ausscheiden und also das Eigenthum aufgeben Aber er kann nicht die Sache in seinem Vermögen behalten und gleichzeitig sein Eigenthum durch willkürliche Abtrennung einzelner Befugnisse, welche dasselbe verleiht, abschwächen Durfte er dies, so läge es in seiner Hand, das Eigenthum an einer bestimmten Sache in ein Recht umzuformen, welches die Rechtsordnung nicht mehr als Eigenthum gelten lassen könnte Damit aber wäre der Eigenthumsbegriff selbst verflüchtigt <sup>260</sup>

Johow koppelt het uitgangspunt dat de eigenaar geen losse bevoegdheden uit zijn recht kan afsplitsen anders dan op een in de wet erkende wijze, aan het eigendomsbegrip <sup>261</sup>

Het is niet zo dat dit uitgangspunt nooit ter discussie is gesteld In Nederland heeft Buining bij de verdediging van zijn preadvies over fiduciaire rechtsverhoudingen uit 1956 het tegenovergestelde standpunt verwoord

Wij komen hier op het gebied van de zakelijke genotsrechten Ik heb juist betoogd, dat de wettelijke limitering van deze zakelijke genotsrechten geheel staat buiten de vraag of men de beschikkingsbevoegdheid zonder meer, dus met uitsluiting van het genotsrecht, kan overdragen Ik meen nu, dat dit inderdaad kan, wanneer eenmaal vaststaat dat een subjectief recht zonder beschikkingsbevoegdheid bestaanbaar is, dan is er geen reden om overdraagbaarheid van alleen de beschikkingsbevoegdheid

---

260 Johow, a w , p 501, onder de kop Beschränkungen durch Willenserklärung

261 Vgl Frank Martin Krauss, *Das geteilte Eigentum im 19 und 20 Jahrhundert - Eine Untersuchung zum Fortbestand des Teilungsgedankens*, diss Tübingen, 1999 Op p 16 definieert Krauss splitsing als die Problematik, daß einzelne, normalerweise im Eigentum enthaltene Befugnisse zu bestimmten Zwecken zwei oder mehreren Personen dergestalt zugeordnet werden, daß gleichwertige, jedoch qualitativ unterschiedliche Teilrechte an einer Sache entstehen Zie ook p 86 'Das Institut des geteilten Eigentums ist aber gerade durch die Konstellation gekennzeichnet, daß die Eigentümerbefugnisse unter verschiedene, nebeneinanderstehende Personen aufgeteilt werden Zie ook Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 19 4 (p 74) en § 21 1 c (p 79)

absurd en onmogelijk te achten Iedere bevoegdheid, behalve de hoogst persoonlijke, is in beginsel overdraagbaar <sup>262</sup>

Met het afwijkende standpunt dat iedere bevoegdheid verzelfstandigd kan worden reageerde Buining op een oppositie van De Grooth, waarin deze krachtig en beeldend de heersende leer verwoordde:

"De constructie van Buining is dan deze, dat men de dupliciteit niet moet zien als een splitsing van het recht, daar waar iemand zijn beheers- of beschikkingsmacht afstaat Men geeft dan eenvoudig een stukje bevoegdheid weg en wat is er nu tegen om dat stukje bevoegdheid aan iemand over te dragen? Inderdaad opent het wijde perspectieven, als men dat als positief recht gaat aanvaarden Ik zou dan, als ik een vorderingsrecht heb, kunnen zeggen het inningsrecht van die vordering geef ik nu weg, dat cedeer ik, ik cedeer de inningsbevoegdheid, of wel ik cedeer de bevoegdheid om tarwe op mijn land te zaaien, dat is immers ook een bevoegdheid die ik als eigenaar heb En zo zou ik elke aparte bevoegdheid, die ik aan mijn subjectief recht ontleen als een apart recht kunnen overdragen Nu kent ons recht de overdracht van subjectieve rechten Maar ik ontken, hetgeen de preadviseur zegt, dat men ook een bevoegdheid, een van de vele bevoegdheden, die gebundeld zijn in een subjectief recht, nog eens apart zou kunnen overdragen Men kan daaromtrent contracteren en een nieuwe verbintenis maken en een bevoegdheid in een verbintenis vastleggen, aldus een nieuw subjectief recht creerende, maar men kan het niet eenvoudig als een gegeven en in het recht opgesloten liggende bevoegdheid al dadelijk overdragen <sup>263</sup>

Het algemene uitgangspunt dat het niet mogelijk is om buiten de in de wet geregelde gevallen over te gaan tot afsplitsing van een bevoegdheid wordt in het vervolg van deze paragraaf getoetst in het licht van een aantal verschillende typen bevoegdheden. Aan de orde komen achtereenvolgens de actie- of revindicatiebevoegdheid, de beschikkingsbevoegdheid, de bevoegdheid tot inning van vorderingen en enige erfrechtelijke bevoegdheden.

Uit deze opsomming blijkt al dat de problematiek van de afsplitsbaarheid van bevoegdheden niet alleen ten aanzien van rechten op zaken bestaat, maar ook ten aanzien van rechten op vorderingsrechten en andere volledige rechten. Er geldt dus een uniform regime dat voor alle typen goederen geldt.

262 J R H Buining, Hand NJV 1956-II, p 65, in antwoord op de oppositie van G de Grooth, p 39 In dezelfde zin in het preadvies zelf, NJV 1956-I, p 81  
263 G de Grooth, Hand NJV 1956-II, p 39



### 7.8.2 De actie- en revindicatiebevoegdheid

Een van de bevoegdheden die uit elk goederenrechtelijk recht voortvloeit, is de bevoegdheid van de rechthebbende om in en buiten rechte actie te ondernemen ter handhaving van zijn goederenrechtelijke recht. Rechts-historisch vormt de actie het fundament voor het subjectieve recht. Het prototype is de in art. 5:2 BW geregelde bevoegdheid tot revindicatie die toekomt aan een eigenaar van een zaak. Ook kan worden gedacht aan de bezitsbeschermingsacties in art. 3:125 BW.

In 1926 is tussen Meijers en Eggens een debat gevoerd over de vraag of het mogelijk is de revindicatievordering zelfstandig over te dragen aan een ander; deze discussie is vijftig jaar later opnieuw gevoerd tussen onder andere Van der Burg en Brahn.<sup>264</sup> Meijers en later Van der Burg stelden zich op het standpunt dat de revindicatiebevoegdheid 'los' kon worden overgedragen door haar te cederen; Eggens en later Brahn stelden daarentegen dat een rechtsvordering onlosmakelijk is verbonden aan het eigendomsrecht dat door middel van de rechtsvordering wordt gehandhaafd.<sup>265</sup> De achtergrond van dit debat was de maatschappelijke behoefte om de eigendom van gestolen zaken te kunnen overdragen aan de verzekeringsmaatschappij die verzekeringspenningen voor de gestolen zaak uitkeert.<sup>266</sup> De wens om te voorzien in deze behoefte van de rechtspraktijk verklaart het standpunt van Meijers ten gunste van zelfstandige overdracht van de losse revindicatie.

Al in het ontwerp van Meijers uit 1953 voor het nu geldende BW was voorzien in een oplossing: art. 3:95 BW schept in de vorm van een akte een leveringsformaliteit voor met name de overdracht van roerende zaken die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden.<sup>267</sup> Beoogd is in

---

264 E M Meijers, Overdracht van rechtsvorderingen, WPNR 2962 (1926), versus J Eggens, Overdracht van rechtsvorderingen of onherroepelijke volmacht tot procesvoering, WPNR 2969 (1926), V A M van der Burg, Kan een gesubrogeerd verzekeraar revindiceren?, NJB 1976, p 225-229, versus O K Brahn, Eigendom en revindicatie van gestolen roerende goederen, NJB 1976, p 729-739, ieder met bijval van vele kanten, o a van Smit en Pleysier, NJB 1976, p 1463-1467

265 In de discussie heeft een vergelijking met het Duitse recht een rol gespeeld. Zie A J van der Lely, De (on)overdraagbaarheid van de revindicatie - Enige opmerkingen over § 931 BGB vanuit het perspectief van het Nederlandse recht, GOM XI (1994), p 54-64, die concludeert dat de revindicatie ook naar Duits recht wordt beschouwd als een recht dat niet voor zelfstandige overdracht vatbaar is

266 Vgl de grensoverschrijdende casus in Rb Leeuwarden 15 december 1960, NJ 1961, 330 "Het recht van revindicatie moet naar de mening der Rb naar Nederlands recht onafscheidelijk verbonden worden geacht aan het zakelijk recht, waarvan het een sequeel is en kan niet los van dat zakelijk recht overgaan of worden overgedragen"

267 Zie ook § 5.5

het bijzonder om op deze wijze de overdracht van gestolen zaken mogelijk te maken. Dit blijkt uitdrukkelijk uit de toelichting van Meijers bij art. 3:94 BW:

"Het artikel handelt omtrent de overdracht van rechten, niet van rechtsvorderingen. Het ontwerp kent niet de mogelijkheid, dat rechtsvorderingen onafhankelijk van het recht, dat zij moeten beschermen, kunnen worden overgedragen. In het tegenwoordige recht wordt verschillend over de toelaatbaarheid van een zodanige overdracht geoordeeld. Haar toelating echter schept ongewenste verhoudingen, daar een rechtsvordering niet een van het recht, dat het wil beschermen, onafhankelijk bestaan voert en een rechtsvordering zonder enig recht op hetgeen daarmede te verkrijgen is, een waardeloos iets is. Om deze redenen erkent het ontwerp niet een zodanige overdracht van rechtsvorderingen, maar maakt dit artikel ook overdracht van rechten op roerende zaken mogelijk, wanneer de vervreemder deze zaken heeft verloren of wanneer zij hem zijn ontnomen, zodat hij niet het bezit kan leveren."<sup>268</sup>

Aan zelfstandige overdracht van de bevoegdheid tot revindicatie bestaat dan geen behoefte meer. Ook vervalt het praktische bezwaar tegen het ook reeds in het ontwerp van Meijers opgenomen art. 3:304 BW, dat bepaalt dat een rechtsvordering niet kan worden afgescheiden van het recht tot welks bescherming zij dient. De revindicatie is dus onlosmakelijk aan het eigendomsrecht verbonden.<sup>269</sup>

In de rechtspraak is op de nieuwe regeling geanticipeerd: in het arrest Visser/De Zeven Provinciën uit 1979 is een vorm van levering van gestolen roerende zaken erkend en tevens de formulering van art. 3:304 BW letterlijk overgenomen.<sup>270</sup> Hiermee is de onmogelijkheid om de revindicatiebevoegdheid van het eigendomsrecht af te splitsen in het recht verankerd; de mogelijkheid om het eigendomsrecht van een gestolen zaak zelf over te dragen, heeft de druk van de ketel gehaald.<sup>271</sup>

268 TM bij art. 3:94 (1954), PG 3, p. 393, laatste alinea.

269 In deze zin o.a. reeds Suijling, *Zakenrecht*, 1940, nr. 7.

270 HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 (Visser/De Zeven Provinciën). Contrasteer voordien o.a. Hof Amsterdam 17 januari 1975, NJ 1976, 79 (Citroen), waarin niet op art. 3:95 BW werd geanticipeerd en het beroep op cessie van het revindicatoir vorderingsrecht principieel werd afgewezen met de volgende overweging: "Dat toch een zakelijke vordering tot afgifte van een roerende zaak niet bestaanbaar is los van het zakelijk recht waaraan de wet die vordering verbindt, nu ingeval van zodanige scheiding sprake zou zijn enerzijds van een zakelijk gerechtigde die tegen inbreuk op zijn recht het door de wet daartegen gegeven middel ontbeert en anderzijds van een persoon die uit eigen hoofde bevoegd is een middel aan te wenden tegen inbreuken op een recht hetwelk hij zelf niet heeft;".

271 Een wetstechnische complicatie vormt art. 3:86 lid 3 BW, dat de bestolen eigenaar gedurende drie jaar in beginsel ook jegens derdenverkrijgers te goeder trouw een terugvorderingsrecht geeft. De vraag is of de verzekeringsmaatschappij die na levering ex art. 3:95 BW eigenaar is geworden, is te beschouwen als 'de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren' in de zin van

De onafsplitsbaarheid van de rechtsvordering heeft een dogmatische dimensie. In het arrest Swieringa uit 1959 was de verplichting van de vruchtgebruiker om bij het einde van het vruchtgebruik de zaak terug te geven aan de orde. De Hoge Raad oordeelde dat voor de bij het einde van het vruchtgebruik op de vruchtgebruiker rustende aansprakelijkheid "de inhoud van de ingevolge de wet tussen vruchtgebruiker en eigenaar bestaande verbintenis" beslissend is.<sup>272</sup> G. J. Scholten heeft zich op grond van de onafsplitsbaarheid van subjectieve rechten gekeerd tegen de kwalificatie van de verplichting tot teruggave als verbintenis "omdat het recht dat met die verplichting zou moeten corresponderen wil er van een verbintenis sprake zijn, niet een subjectief vermogensrecht is. Dat terugvorderingsrecht is namelijk niet splitsbaar van het recht op die zaak zelf."<sup>273</sup> Van belang is hier niet de kwalificatie van de teruggaveverplichting, maar het verband dat Scholten legt tussen de onafsplitsbaarheid van de actiebevoegdheid en het rechtsbegrip subjectief recht.

### 7 8 3 *Het ius disponendi*

De bevoegdheid tot het beschikken over een goed wordt door sommige wettelijke bepalingen beperkt en van rechtswege toegekend aan een ander dan de rechthebbende (§ 7 8 3 1). Daarnaast bestaan er gevallen waarin de rechthebbende zelf overgaat tot toekenning aan een ander van de bevoegdheid tot beschikken over zijn goed: machtiging (§ 7 8 3 2). Nog een stap verder gaat de volledige afsplitsing van de beschikkingsbevoegdheid, zodat de ander op grond van een rechtshandeling exclusief beschikkingsbevoegd wordt: de privatieve last (§ 7 8 3 3).

#### 7 8 3 1 Bevoegdheden tot beschikking

Veel vormen van afsplitsing van bevoegdheden betreffen de bevoegdheid tot beschikking over een goederenrechtelijk recht, bijvoorbeeld door overdracht of vestiging van beperkte rechten. Beschikkingsbevoegdheid kan worden gedefinieerd als de bevoegdheid van een rechtssubject om over zijn goed te beschikken door het over te dragen of te bezwaren met een

---

art. 3:86 lid 3 BW. Zie nader mijn bijdrage, Internet en de bescherming van de verkrijger van een roerende zaak krachtens art. 3:86 BW, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 222.

272 HR 16 januari 1959, NJ 1959, 355 (Swieringa). Vgl. art. 3:225 BW. Zie ook § 6:82.

273 G. J. Scholten, Grondslag en bronnen van verbintenissen, Mon. Nieuw BW A-2, 1983, § 42, p. 40.

beperkt recht.<sup>274</sup> In deze definitie is een beschikkingshandeling steeds een rechtshandeling.<sup>275</sup> De bevoegdheden tot gebruik en verbruik van een goed, die soms als wijzen van beschikken over een goed worden aange-merkt, vallen buiten het begrip beschikkingsbevoegdheid, omdat gebruik en verbruik geen rechtshandelingen opleveren.

Beschikkingsbevoegdheid dient steeds te worden gezien in het kader van ieder subjectief recht afzonderlijk.<sup>276</sup> Het is mogelijk dat een rechthebbende ten aanzien van sommige van zijn goederen wel beschikkingsbevoegd is en ten aanzien van andere niet. Wanneer bijvoorbeeld sommige door erfopvolging verkregen goederen door de erflater onder bewind zijn gesteld als bedoeld in art. 4:153 BW, is de rechthebbende alleen ten aanzien van deze goederen gedeeltelijk beschikkingsonbevoegd, in die zin dat hij krachtens art. 4:167 BW onbevoegd is om zonder toestemming van de bewindvoerder over deze goederen te beschikken. Beschikkingsbevoegdheid is dus een aspect van een subjectief recht tot een afzonderlijk goed.

De bevoegdheid tot beschikken over een goed komt in beginsel toe aan de rechthebbende tot dat goed. Het uitgangspunt van het vermogensrecht is dat de rechthebbende tot een subjectief vermogensrecht exclusief zonder restricties bevoegd is om over dat vermogensrecht te beschikken. De exclusiviteit van de bevoegdheid tot beschikken houdt verband met de absoluutheid van het recht van de rechthebbende tot een goed. De exclusiviteit van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende wordt in een aantal gevallen doorbroken; een ander is dan naast of zelfs in plaats van de rechthebbende bevoegd om over het vermogensrecht van deze te beschikken. De verschillende varianten van insolventie en de verschillende wettelijke typen van bewind vormen beperkingen van rechtswege van beschikkingsbevoegdheid.<sup>277</sup>

Een faillissement leidt er krachtens art. 23 Fw toe dat de gefailleerde ten aanzien van vrijwel alle goederen die tot zijn vermogen behoren, de beschikkingsbevoegdheid verliest. In zijn plaats is de curator exclusief

274 Aldus o.a. H.J. Snijders, *Goederenrecht*, 2001, nr. 360 en Pitlo/Reehuis, 2006, nr. 135-136.

275 Vgl. H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht*, diss. Nijmegen, 1988, p. 183, Groefsema, § 2.5.1, p. 12-13.

276 Vgl. Wammes, a.w., p. 184; Pitlo/Reehuis, 2006, nr. 136.

277 Ten aanzien van beslag bestaat in de doctrine verschil van inzicht over de vraag of sprake is van een beperking van beschikkingsbevoegdheid. Zie o.a. E.M. Hemmen, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, 1997, p. 27-35, en Bartels en Heyman, *Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed*, WPNR 6306-6307 (1998).

beschikkingsbevoegd.<sup>278</sup> Voor de schuldsanering ten aanzien van een natuurlijke persoon gelden vergelijkbare bepalingen.<sup>279</sup> In beide gevallen wordt door de curator over de boedelbestanddelen beschikt ter vereffening van de boedel; uit de opbrengst worden de gezamenlijke schuldeisers in meerdere of mindere mate voldaan. De beschikkingsbevoegdheid wordt door de curator uitgeoefend ten behoeve van de schuldeisers van de gefailleerde rechthebbende. De beschikkingsbevoegdheid komt van rechtswege krachtens een uitdrukkelijke wettelijke bepaling toe aan een ander dan de rechthebbende.

De andere vormen van beperking van rechtswege leiden ertoe dat de rechthebbende alleen nog met toestemming of machtiging van een ander beschikkingsbevoegd is. Tot deze categorie behoort de surseance van betaling en verschillende bijzondere wettelijke vormen van bewind. Tijdens een surseance van betaling is de sursiet krachtens art. 228 lid 1 Fw alleen bevoegd tot beschikking over zijn vermogensbestanddelen indien hij daarvoor toestemming heeft van de bewindvoerder in surseance. De beschikkingsbevoegdheid komt derhalve nog steeds aan de rechthebbende toe, maar deze kan zijn bevoegdheid slechts in samenspraak met de bewindvoerder uitoefenen.

Hetzelfde geldt in verschillende varianten voor het bewind. Eén vorm van bewind is de onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen, zoals geregeld in titel 1.19 BW. Krachtens art. 1:438 lid 2 BW kan de rechthebbende slechts 'met medewerking' van de bewindvoerder over de door de rechter onderbewindgestelde goederen beschikken. De bewindvoerder zelf is weliswaar krachtens art. 1:438 lid 1 BW exclusief met het beheer over de onder bewind staande goederen belast, maar dit betekent nog niet dat hij ook beschikkingsbevoegd is: krachtens art. 1:441 lid 2 sub a BW is de bewindvoerder zelf alleen beschikkingsbevoegd indien hij ofwel de toestemming van de rechthebbende krijgt, ofwel machtiging van de kantonrechter indien de rechthebbende weigerachtig is of niet in staat tot het geven van toestemming. Tot beschikkingshandelingen die als een daad van beheer kunnen worden aangemerkt, is de bewindvoerder wel zelf en zelfstandig bevoegd. Voor een aantal andere bijzondere bewinds-

- 278 Krachtens art. 68 Fw is de curator belast met 'het beheer en de vereffening' van de failliete boedel. Krachtens art. 101 lid 1 BW is de curator 'bevoegd goederen te vervreemden, indien en voor zover vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding der kosten van het faillissement, of de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven'. De zelfstandige beschikkingsbevoegdheid van de curator ligt vermoedelijk besloten in art. 175 Fw. De curator staat weliswaar krachtens art. 64 Fw onder toezicht van een rechter-commissaris, maar de bevoegdheid tot beschikking over ieder boedelgoed is niet afhankelijk van zijn specifieke toestemming.
- 279 Art. 296 lid 1, art. 326 lid 1 en art. 347 Fw.

vormen, zoals het bewind van een voogd van een minderjarige en het bewind van een curator van een meerderjarige onder curatele gestelde, gelden vrijwel dezelfde regels.<sup>280</sup>

In alle genoemde gevallen is de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende van rechtswege beperkt. Tegelijkertijd is de bevoegdheid tot beschikken van rechtswege in een of andere vorm toegekend aan een ander. Deze ander ontleent dus aan de wet de bevoegdheid om te beschikken over het goed van een ander. Deze toekenning van rechtswege verschilt fundamenteel van de contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid aan een ander.

### 7.8.3.2 Machtiging

De contractuele toekenning van beschikkingsbevoegdheid wordt soms 'machtiging' genoemd. Daarvan is volgens Groefsema sprake wanneer een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid verleent om in eigen naam over het recht van de rechthebbende te beschikken.<sup>281</sup> Machtiging wordt door Groefsema vergeleken met, maar ook onderscheiden van, de verlening van een volmacht, de bevoegdheid om in naam van een ander

280 Het bewind van de voogd van een minderjarige is geregeld in § 10 van afd. 1.14.6 BW. Art. 1:337 lid 1 BW bepaalt dat de voogd de minderjarige vertegenwoordigt in burgerlijke handelingen. Hieronder valt dus ook de rechtshandeling van de goederenrechtelijke overeenkomst van levering. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid maakt de voogd zelf echter nog niet in plaats van de minderjarige beschikkingsbevoegd. Voor de beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder is een bijzondere bepaling opgenomen in art. 1:345 BW, dat grotendeels vergelijkbaar met art. 1:441 BW: voor een beschikkingshandeling is steeds machtiging van de rechter vereist. Anders dan bij het bewind ten behoeve van een meerderjarige is toestemming van de minderjarige rechthebbende niet voldoende om de bewindvoerder beschikkingsbevoegd te maken. De bepalingen inzake het bewind over de goederen van een minderjarige zijn krachtens art. 1:386 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing op het bewind van de curator van een meerderjarige die onder curatele is gesteld. Zie voor het testamentaire bewind de grotendeels vergelijkbare regels in art. 4:166 en 167 BW.

281 L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, diss. Groningen, 1993, p. 23. Kortmann, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr. 168, en in Asser-Van der Grinten-Kortmann, *De vertegenwoordiging*, 2-I, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 136 op p. 160, hanteert het begrip 'machtiging' ook voor verlening van de bevoegdheid tot uitoefening van een recht voor zover het niet om beschikkingshandelingen gaat; in deze ruimere uitleg kan machtiging derhalve betrekking hebben op het verlenen van een bevoegdheid tot beheer en tot beschikking met betrekking tot andermans recht. Deze ruimere uitleg hangt samen met de omstandigheid dat Groefsema, p. 111, inning van een vordering aanmerkt als beschikkingshandeling, terwijl Kortmann inning aanmerkt als een daad van beheer.

rechtshandelingen te verrichten.<sup>282</sup> De verlening van beschikkingsbevoegdheid kan berusten op een eenzijdige rechtshandeling, maar maakt meestal deel uit van een meeromvattende overeenkomst, zoals een lastgevingsovereenkomst, bijvoorbeeld met een verkoopcommissair, of een verkoop onder eigendomsvoorbehoud met bevoegdheid tot doorverkoop in de normale uitoefening van het bedrijf van de koper. In deze benadering leidt de verlening van beschikkingsbevoegdheid ertoe dat naast de rechthebbende zelf ook de 'gemachtigde' bevoegd, en derhalve in staat, is om in eigen naam over het goed van de rechthebbende te beschikken; de 'gemachtigde' wordt naast de rechthebbende beschikkingsbevoegd.<sup>283</sup>

De theorie van Groefsema is niet nieuw. De machtigingsleer verwoordt het standpunt van degenen die al eerder ten strijde zijn getrokken tegen "het axioma dat de beschikkingsbevoegdheid niet contractueel van het eigendomsrecht kan worden afgescheiden."<sup>284</sup> Dit axioma is met name door Van der Grinten verwoord. In zijn bespreking van het arrest Nationaal Grondbezit/Kamphuis uit 1973 behandelde hij de kwestie in het kader van de vraag hoe kan worden verklaard dat een koper onder eigendomsvoorbehoud onder omstandigheden niet alleen bevoegd is om de verkochte zaak door te verkopen, maar ook in staat om die zaak door te leveren, zo dat de opvolgende koper de eigendom verwerft. Hij schreef over deze bevoegdheid tot doorlevering:

"Hoe moeten wij deze gerechtigdheid tot levering verstaan? Naar mijn mening is deze gerechtigdheid niets anders dan een verbintenisrechtelijke bevoegdheid, het is niet de - zakenrechtelijke - gerechtigdheid om over de eigendom te beschikken, bedoeld in art 639 BW. De blote houder is m.i. nimmer beschikkingsbevoegd. Beschikkingsbevoegdheid is een zakenrechtelijke categorie, die inherent is aan het

---

282 Groefsema, diss., p. 23. Blijkens noot 8 en p. 24 wenst Groefsema de term machtiging te reserveren voor de verlening van beschikkingsbevoegdheid. Machtiging is dan te onderscheiden van de verlening van een volmacht, de bevoegdheid om in naam van een ander rechtshandelingen te verrichten. Naast machtiging gebruikt Groefsema op p. 164 overigens ook de term 'delegatie van beschikkingsbevoegdheid'.

283 Groefsema, p. 26, noemt de gemachtigde 'secundair beschikkingsbevoegd', hiermee brengt hij tot uiting dat deze beschikkingsbevoegdheid een 'afgeleide bevoegdheid' is die direct berust op de rechtshandeling van degene die hem heeft gemachtigd en indirect op diens recht. Groefsema tekent verder aan dat de bevoegdheid 'gebonden' is, de omvang van de beschikkingsbevoegdheid wordt bepaald door de inhoud van de machtiging, dan wel door de rechtsverhouding waarbinnen zij heeft plaatsgevonden. Overigens is de beschikkingsbevoegdheid van de gemachtigde z.i. wel in die zin van dezelfde aard als die van de rechthebbende dat een beschikkingshandeling dezelfde gevolgen met dezelfde rechtskracht teweeg brengt.

284 De woorden zijn van J. H. Nieuwenhuis. Uit de ban van hier en nu, oratie KUB 1980, p. 51. Gezien zijn beschouwingen op p. 49-53 en 59-64 is de kwalificatie als axioma pejoratief bedoeld.

eigendomsrecht en die de wet voorts aan de executant toekent Beschikkingsbevoegdheid kan niet contractueel worden verleend ( ) In mijn visie moet de eigenaar die de houder gerechtigd tot overdracht heeft verklaard, de overdracht gehangen en gedogen, hij kan de zakenrechtelijke beschikkingsbevoegdheid niet tegenwerpen aan de verkrijger <sup>285</sup>

Van der Grinten appelleert in deze passage aan het dwingendrechtelijke karakter van het goederenrechtelijk systeem.<sup>286</sup> Beschikkingsbevoegdheid is een goederenrechtelijke categorie, die niet ter vrije dispositie van partijen staat.<sup>287</sup>

- 285 AAe 22 (1973), sub 2, p 569 l k, noot bij HR 8 juni 1973 (Nationaal Grondbezit/Kamphuis) Bij de geciteerde passage verwijst Van der Grinten naar HR 27 juni 1940, NJ 1941, 943. Hij heeft zijn standpunt gehandhaafd in zijn AAe-noot onder HR 29 juni 1979 (Hoogovens/Matex), AAe 29 (1980), p 182, § 4 Zie later ook Asser-Van der Grinten 2-1, De vertegenwoordiging, 7<sup>e</sup> druk 1990, nr 134 In dezelfde zin A.V.M. Struycken, Verslag NVIR, no 88, mei 1984, p 20, G.H. Potjewijd, Bekrachtiging en convalescentie - Over de toepassing van art 358 bw bij beschikkingen over andermans goed, 2002, § 19.2 In Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-1, De vertegenwoordiging, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 136 op p 159, neemt Kortmann uitdrukkelijk afstand van het standpunt van Van der Grinten
- 286 Anders dan Groefsema stelt op p 26, maakt Van der Grinten geen onderscheid tussen 'verbintenisrechtelijke beschikkingsbevoegdheid' en 'goederenrechtelijke beschikkingsbevoegdheid', hij zou het waarschijnlijk met Groefsema eens zijn dat slechts één vorm van beschikkingsbevoegdheid bestaat Het gebruik van het adjectief zakenrechtelijk door Van der Grinten in verband met het woord beschikkingsbevoegdheid moet m.i. worden gezien als een nadere verklaring van de aard van beschikkingsbevoegdheid en derhalve niet als een adjectief ter onderscheiding van een verbintenisrechtelijke variant, het adjectief verbintenisrechtelijk wordt door Van der Grinten gekoppeld aan de term 'bevoegdheid', hetgeen ruimer is dan 'beschikkingsbevoegdheid' en m.i. moet worden verstaan als louter een contractuele toestemming tot doorverkoop
- 287 Vgl. reeds Suyling, Zakenrecht, nrs 15-18, die meende dat een onherroepelijke volmacht om te beschikken over een vorderingsrecht in strijd was met dwingend recht, nr 15, p 16. "De schuldeischer, die eenen derde onherroepelijk machtigt in zijn naam zijn vorderingsrecht te vervreemden of te bezwaren, blijft dus tegenover iedereen tot vervreemding of bezwaring bevoegd, zoolang hij zijn vorderingsrecht niet heeft prijsgegeven", en nr 16, noot 2 "De uitoefening van het beschikkingsrecht (cessie, verpanding, enz.) is aan de autonomie der partijen onttrokken" Aangekend moet worden ten eerste dat in deze passage geen onderscheid wordt gemaakt tussen volmachtverlening en wat tegenwoordig verlening van beschikkingsbevoegdheid wordt genoemd - Suyling gebruikt zelfs het woord machtiging -, en ten tweede dat Suyling kennelijk veronderstelde dat met een onherroepelijke volmacht privative werking werd beoogd, in die zin dat de rechthebbende zelf niet langer beschikkingsbevoegd zou zijn Zo bezien zijn de standpunten van Suyling en Van der Grinten in elkaars verlengde te plaatsen In de parlementaire beschouwingen over bewind is verwezen naar "de zeer betwiste figuur van een onherroepelijke volmacht" waarvan gebruik werd gemaakt om ten behoeve van schuldeisers een bewindsfiguur in het leven te roepen (TM bij titel 36 inzake bewind, PG 3, p 468) en is een verband gelegd tussen het "streven naar uitbanning van bestaande figuren als de onherroepelijke volmacht en de eigendomsoverdracht tot zekerheid"



In dit licht is het van belang te bezien waarop Groefsema de rechtsgeldigheid van de verlening van beschikkingsbevoegdheid door de rechthebbende aan een ander baseert:

"Zowel de bevoegdheid tot volmachtverlening, als die tot machtiging berust op de autonomie van het rechtssubject. Op grond van het autonomiebeginsel heeft ieder handelingsbekwaam rechtssubject, naast de bevoegdheid zelf (rechtstreeks) rechtshandelingen te verrichten, de bevoegdheid om aan een ander de bevoegdheid te verlenen hetzij in zijn naam rechtshandelingen te verrichten, hetzij in eigen naam over zijn recht te beschikken."<sup>288</sup>

Ook Nieuwenhuis heeft reeds in 1980 de verlening van beschikkingsbevoegdheid gegrond op de autonomie van de rechthebbende; het autonomiebeginsel vormt in zijn benadering niet alleen één van de drie beginselen van contractenrecht, maar bepaalt ook de betekenis van een deel van de regels van het goederenrecht, in het bijzonder het recht inzake beschikkingsbevoegdheid.<sup>289</sup>

Een probleem vanuit goederenrechtelijk perspectief blijft dat de rechthebbende de vervreemding van zijn goed niet geheel meer onder controle heeft, aangezien de gemachtigde de mogelijkheid heeft het goed te onttrekken aan het vermogen van de rechthebbende zonder zijn medewerking. Hier staat echter tegenover dat hij er reeds eerder voor gekozen heeft de exclusieve beschikkingsmacht op te geven, in die zin dat een ander over kan gaan tot beschikking binnen de in de machtiging aangegeven grenzen. Vanuit goederenrechtelijk perspectief geldt bovendien dat de verhandelbaarheid van goederen in het handelsverkeer door de contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid wordt vergroot; naast de gemachtigde blijft de rechthebbende zelf immers eveneens beschikkingsbevoegd. Deze uitbreiding van de verhandelbaarheid, die is gepresenteerd als een aspect van de ratio van de numerus clausus, schept een zelfstandige goederenrechtelijke rechtvaardiging voor de rechtsfiguur die machtiging kan worden genoemd.

Met deze algemene rechtvaardiging voor de rechtsgeldigheid van de contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid moet echter niet worden volstaan; het debat tussen onder andere Van der Grinten, Nieuwenhuis en Groefsema behoeft nog een nadere opmerking. Het is

---

(VV II bij titel 3.6 inzake bewind (d.d. 22 oktober 1958), PG 3, p. 468). Vermoedelijk is ook hier de term 'onherroepelijke volmacht' gebruikt zoals Suijling waarschijnlijk heeft bedoeld. Het gaat derhalve om een vorm van onherroepelijke machtiging, wellicht zelfs met privatieve werking.

288 Groefsema, a.w., p. 23.

289 Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, 1980, p. 61-62.

van belang om de context van de verschillende standpunten preciezer in ogenschouw te nemen. Van der Grinten verkondigde zijn standpunt in het kader van de vraag of een koper onder eigendomsvoorbehoud in staat is tot doorverkoop en overdracht aan een derde.<sup>290</sup> De doorlevering door een koper onder eigendomsvoorbehoud kan echter ook anders worden verklaard, namelijk door middel van de constructie waarin de levering onder eigendomsvoorbehoud geschiedt onder de alternatieve opschorten-voorwaarde van doorlevering in de normale uitoefening van het bedrijf van de koper onder eigendomsvoorbehoud.<sup>291</sup>

Voor Nieuwenhuis dient het beroep op de mogelijkheid van verlening van beschikkingsbevoegdheid op grond van het autonomiebeginsel een ander doel: in zijn oratie uit 1980 brak hij een lans voor de faillissementsbestendigheid van een levering bij voorbaat van een toekomstig goed. Een levering bij voorbaat getuigt z.i. van de vrijwillige keuze van de mogelijk toekomstige eigenaar om zijn beschikkingsmacht reeds bij voorbaat op te geven ten gunste van de verkrijger bij voorbaat.<sup>292</sup> Volgens Nieuwenhuis dient te worden aangenomen dat het bij voorbaat geleverde goed vervolgens niet het vermogen van de vervreemder passeert, maar rechtstreeks overgaat naar het vermogen van degene aan wie bij voorbaat is geleverd.<sup>293</sup> Nieuwenhuis beoogde met zijn pleidooi het afnemerskrediet de

290 Deze context doet vermoeden dat Van der Grinten het oog heeft gehad op een verlening met privaat effect. Dit vermoeden wordt versterkt door de passage in Asser-Van der Grinten 2-I, De vertegenwoordiging, 7<sup>e</sup> druk 1990, nr. 134 "Beschikkingsbevoegdheid kan niet contractueel worden verleend, de beschikkingsbevoegdheid kan niet worden afgescheiden van het recht van eigendom." Hierin worden de contractuele verlening en de afscheiding van beschikkingsbevoegdheid - waarbij Van der Grinten wellicht privaat effect in gedachten heeft gehad -, in een adem genoemd. Destijds bestond de nog te bespreken figuur van privaat lastgeving nog niet, dus het onderscheid tussen verlening met privaat effect en verlening van een aanvullende, of secundaire, beschikkingsbevoegdheid lag nog niet voor de hand. Anderzijds kan men ook de laatste vorm van verlening, 'machtiging', presenteren als een vorm van afscheiding, ook al behoudt de rechthebbende zelf nog steeds beschikkingsbevoegdheid. Het is dus niet op basis hiervan met zekerheid te zeggen wat Van der Grinten precies voor ogen heeft gestaan, maar waarschijnlijk gaat het om verlening met privaat effect.

291 Ook deze verklaring is te vinden bij Asser-Van der Grinten 2-I, De vertegenwoordiging, 7<sup>e</sup> druk 1990, nr. 135 (4<sup>e</sup> druk, 1973, p. 76).

292 Een zwakke steun in het betoog van Nieuwenhuis blijkt uit de voetnoot op p. 62, waarin hij opmerkt dat de strekking van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid eveneens is gelegen in de bescherming van crediteuren die door middel van een faillissementsbeslag de beschikkingsbevoegdheid van hun schuldenaar hebben geblokkeerd.

293 Nieuwenhuis, a.w., p. 63. Overigens noemt hij op p. 62 ook de levering onder eigendomsvoorbehoud als een geval waarin de verlening van beschikkingsbevoegdheid toepassing vindt, maar hij vermeldt niet uitdrukkelijk of ook in dit geval moet worden aangenomen dat het goed rechtstreeks overgaat van het vermogen van de oor-

zelfde bescherming te bieden als het leverancierskrediet bij de levering onder eigendomsvoorbehoud. De door hem gepropageerde faillissementsbestendigheid van de levering bij voorbaat van een toekomstig goed is inmiddels getorpedeerd met de invoering van art. 35 lid 2 Fw.

De rechtstreekse overgang van A naar C op basis van een samenstel van de titels tussen A en B en tussen B en C blijkt een belangrijk element van de problematiek te zijn.<sup>294</sup> De figuur van machtiging is niet nodig in de gevallen waarin door de betrokkenen is beoogd dat degene die levert zonder rechthebbende te zijn, een schakel is in de keten van rechthebbenden, met de door Nieuwenhuis bekritiseerde faillissementsrisico's van dien. De problematiek ziet er echter anders uit in de gevallen dat weliswaar in eigen naam wordt gehandeld door degene die levert, maar het geenszins de bedoeling is dat deze tussenpersoon zelf op enig moment rechthebbende is. De doorlevering ondanks een eigendomsvoorbehoud wordt door Groefsema dan ook helemaal niet genoemd; Groefsema's machtigingsleer ziet vooral op de positie van de verkoop-commissionair en andere tussenpersonen die de vervreemding in eigen naam van het goed van een ander tot taak hebben, zonder zelf op enig moment rechthebbende te worden.<sup>295</sup> Het machtigingsdebat is dus een goederenrechtelijke afgeleide van het debat inzake indirecte of oneigenlijke vertegenwoordiging van een vervreemder.<sup>296</sup>

Deze concretisering van de context van het machtigingsdebat is van belang, omdat de rechtvaardiging van de rechtsgeldigheid van machtiging erdoor wordt vergemakkelijkt. Het is duidelijk dat de beschikkingsmogelijkheden van een verkoopcommissair of een vergelijkbare tussenpersoon, meestal krachtens lastgeving, de verhandelbaarheid van een goed vergroten. De verhandelbaarheid van goederen is in de context van last-

---

spronkelijke verkoper naar het vermogen van degene aan wie de koper onder eigendomsvoorbehoud de zaak heeft doorverkocht en geleverd

294 Zie hierover S E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, diss Utrecht, 2004

295 Het belangrijkste toepassingsgebied van Groefsema's machtigingsleer is de vervreemding van een roerende zaak door een middellijk vertegenwoordiger. Overigens plaatst Groefsema de machtiging krachtens rechtshandeling op één lijn met de gevallen waarin krachtens wettelijke bepalingen over het goed van een ander kan worden beschikt, met name in geval van beslag, pand en hypotheek

296 De machtigingskwestie wordt dan ook in de context van lastgeving besproken in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 1994, nr. 154. Zie verder ook in Asser-Van der Grinten-Kortmann, *De vertegenwoordiging*, 2-I, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 136, D W Aertsen, *Lastgeving tot verkoop en levering in eigen naam*, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, p. 453-463, S Y Th Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging*, diss VU, 1999, p. 195, S E Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, diss Utrecht, 2004, § 2.2.2

geving en dergelijke in een zuivere vorm aan de orde; de belangrijke categorie derden die bestaat uit de schuldeisers van een tussenpersoon die wel zelf schakel is in de keten van rechthebbenden, zoals een koper onder eigendomsvoorbehoud, is niet in zicht. Het oogmerk van de wetgever, bevordering van de verhandelbaarheid van goederen, kan dus onversneden worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de rechtsgeldigheid van een contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid aan een tussenpersoon zoals een lasthebber. In deze context is er geen bezwaar tegen de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende ter dispositie van de partijen te stellen.

Gezien de mogelijke goederenrechtelijke gevolgen van machtiging dient te worden overwogen of de 'machtigingsmogelijkheden' in de context van lastgeving tot beschikken en vergelijkbare vormen van indirecte of oneigenlijke vertegenwoordiging beperkt moeten worden. Vanuit goederenrechtelijk perspectief is er enige reden om de helderheid in de goederenrechtelijke verhoudingen ten behoeve derden te vergroten door een vormvereiste zoals een akte voor te schrijven voor de verlening van beschikkingsbevoegdheid aan een ander dan de rechthebbende. Daarin zou het doel van de bevoegdheidsverlening met nauwkeurigheid moeten worden omschreven, zodat duidelijk is onder welke voorwaarden over het goed van een ander mag worden beschikt. Er zit wel een spanning tussen dergelijk 'bewijs' en de omstandigheid dat de vertegenwoordiger juist op eigen naam over het goed van een ander beschikt. De rechthebbende kan uitdrukkelijk hebben beoogd zijn identiteit te verhullen door de lasthebber te verplichten om op eigen naam te handelen. Of dit oogmerk voldoende beschermingswaardig is, blijft hier buiten beschouwing.<sup>297</sup>

Er is ook een ander legitiem oogmerk denkbaar, dat ligt besloten in het contractenrecht, aangezien degene die op eigen naam handelt, zelf de contractuele wederpartij van de koper is. Hieraan wordt niet afgedaan door de bepalingen in art. 7:420 en 421 BW, die de betrokkenen slechts in bijzondere omstandigheden de mogelijkheid geven om over de vertegenwoordiger in eigen naam heen te springen en zich rechtstreeks tot de 'achterman' te keren. De mogelijkheid van beschikken door de tussenpersoon plaatst de problematiek van de vertegenwoordiging in eigen naam in de sfeer van contractenrechtelijke differentiaties en voorkeuren van de ach-

---

297 Indien blijkt dat zich in de praktijk situaties voordoen, waarin de achterman een rehtens beschermenswaardig belang heeft om zijn identiteit geheim te houden, zou ten aanzien van de akte een wettelijke constructie kunnen worden uitgedacht waarmee een neutrale derde, zoals een notaris of een rechterlijke instantie, verifieert en verklaart dat de tussenpersoon inderdaad is gemachtigd door de vermoedelijk rechthebbende, waarvan de identiteit niet nader bekend wordt gemaakt.

terman, zoals het leerstuk van de middellijke of oneigenlijke vertegenwoordiging ook is ontstaan. Vermoedelijk liggen in weer andere gevallen praktische overwegingen ten grondslag aan de vertegenwoordiging op eigen naam, in het bijzonder in de vele gevallen waarin gehandeld wordt door een verkoop-commissionair. Ook dan is het geen probleem dat de koper in geval van gerede twijfel over de bevoegdheid van de commissionair nader bewijs verlangt van zijn bevoegdheid om over goederen van anderen te beschikken en zo achter de identiteit van de achterman komt. Een akte met daarin een helder omschreven doel voor de machtiging komt dan goed van pas.

Hoewel in de praktijk een lastgevingsverhouding meestal zal zijn neergelegd in een schriftelijke overeenkomst, is een algemeen vormvereiste voor machtiging wellicht toch bezwaarlijk, omdat het de verhandelbaarheid van goederen disproportioneel kan aantasten. Wel kan in het algemeen worden vereist dat de inhoud van de last in voldoende mate is geconcretiseerd.

Een andere mogelijke beperking houdt verband met de oneindigheid van het eigendomsrecht en de eindigheid van alles wat op de een of andere wijze inbreuk op de volledige rechten maakt. De machtiging dient te allen tijde opgezegd te kunnen worden, art. 7:408 BW inzake opzegging van de lastgevingsovereenkomst moet worden geacht op de machtiging van een vertegenwoordiger op eigen naam van toepassing te zijn.<sup>298</sup> Ten slotte verdient het overweging een termijn te stellen, opdat de machtiging van rechtswege na enige tijd vervalt en de rechthebbende automatisch de exclusiviteit van de beschikkingsmacht herkrijgt.

De beste manier om op deze wijzen paal en perk te stellen aan de machtiging van een vertegenwoordiger op eigen naam is een bijzondere wettelijke bepaling van deze strekking in de wet op te nemen. De mogelijkheid van contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid zou kunnen worden beperkt tot lastgeving en vergelijkbare vormen van beschikking door een vertegenwoordiger op eigen naam. Een algemeen voordeel van een wettelijke bepaling is uiteraard dat een wettelijke grondslag ontstaat voor een partijhandeling met betrekking tot een goederenrechtelijk concept zoals beschikkingsbevoegdheid.<sup>299</sup> Een wettelijke rege-

---

298 Krachtens art. 7:413 BW is art. 7:408 lid 1 BW van dwingend recht indien de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die de opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

299 Vgl. het Duitse recht, § 185, Abs. 1 BGB: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. In de Duitse doctrine wordt de toestemming van de rechthebbende aan een ander om te beschikken over zijn recht *Ermächtigung* genoemd. Zie nader Groefsema, a.w., § 4.4 en 4.5, p. 51-56.

ling zou bovendien uitdrukkelijk kunnen voorzien in de mogelijkheid van overdracht van registergoederen en andere rechten op naam door een middellijk vertegenwoordiger.<sup>300</sup>

### 7.8.3.3 Privatieve last

Een stap verder gaat een rechtsfiguur die in het verlengde van machtiging ligt, namelijk de privatieve last. Krachtens art. 7:423 lid 1 BW kan worden bedongen dat een lasthebber een aan de lastgever toekomend recht in eigen naam en met uitsluiting van de lastgever zal uitoefenen. De lastgever mist dan deze bevoegdheid tot uitoefening van zijn eigen recht voor de duur van de overeenkomst ook jegens derden. Wel worden derden die de uitsluiting kenden noch behoorden te kennen beschermd. De bepaling betreft de overeenkomst van lastgeving, maar krachtens de schakelbepaling in art. 7:424 BW geldt de mogelijkheid van privatieve lastgeving echter ook voor vergelijkbare overeenkomsten.

De formulering van de bepaling is enigszins opvallend: de algemene omschrijving van de lastgevingsovereenkomst in art. 7:414 BW vermeldt dat het moet gaan om een last tot het verrichten van een rechtshandeling, terwijl in art. 7:423 BW wordt gerept van 'de uitoefening van een aan de lastgever toekomend recht'. De verklaring ligt in de bijzondere reden voor opname van deze bijzondere wettelijke bepaling: door de wetgever is beoogd tegemoet te komen aan de behoefte van twee organisaties die voor schrijvers en artiesten de auteursrechten uitoefenen. De privatieve last stelt hen in staat om de verschuldigde vergoedingen te innen zonder overdracht van de auteursrechten en zonder het risico te lopen dat de auteursgerechtigden zelf overgaan tot uitoefening van hun recht; met de 'uitoefening van een recht' wordt dus bedoeld op de inning van vergoedingen voor het gebruik van een auteursrecht.<sup>301</sup>

300 In de doctrine pleegt op grond van HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 (Modehuis Nolly) en HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (Kas-associatie) te worden aangenomen dat een vertegenwoordiger op eigen naam alleen ten aanzien van roerende zaken van een ander in staat is tot overdracht. Anders vooral S.E. Bartels, in *Rechtspraak klassiek*, Modehuis Nolly, NTBR 2002/5, p. 192-197, en in: *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, diss. Utrecht, 2004, § 2.2.2, Kortmann acht de opvatting van Bartels goed verdedigbaar, in Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-I, *De vertegenwoordiging*, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 136 op p. 161. Ten aanzien van registergoederen zou kunnen worden vereist dat de machtigingsakte wordt ingeschreven in de openbare registers.

301 Deze bijzondere context verklaart ook lid 2, dat de mogelijkheden tot beëindiging van de privatieve last door de lastgever beperkt en de consequenties van faillissement van een lastgever voor de lasthebber mitigeert. Zie W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, Mon. Nieuw BW B-81, 1993, § 13 op p. 13, en W. Snijders, *Trustverdrag*

De algemene bewoordingen van art. 7:423 BW bieden ruimte voor toepassing van de figuur van de privatieve last bij de overdracht van goederen door een ander dan de rechthebbende. Vereist is wel dat die ander in eigen naam handelt.<sup>302</sup> Aangezien art. 7:423 BW rept van 'de uitoefening van een aan de lastgever toekomend recht' is denkbaar hierin ook de uitoefening van de beschikkingsbevoegdheid te lezen.<sup>303</sup> De 'machtiging' van de middellijk vertegenwoordiger van de vervreemder krijgt dan privatieve werking; de rechthebbende zelf is niet langer in staat om zijn beschikkingsbevoegdheid uit te oefenen. In feite is dus sprake van opschorting van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende, voor de duur van de lastgevingsovereenkomst. De 'gemachtigde' zou dus niet naast, maar in plaats van de rechthebbende beschikkingsbevoegd zijn.

In de doctrine is erop gewezen dat de figuur van privatieve lastgeving op gespannen voet staat met het systeem van het goederenrecht; het accent ligt daarbij vooral op de opsplitsbaarheid van goederenrechtelijke rechten. Zo uitdrukkelijk Kortmann:

---

en Nederlands materieel recht, in: Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemade-bundel), 1993, § 7. Overigens blijken Buma en Stemra in de praktijk geen gebruik te maken van een privatieve last, aangezien de voorkeur wordt gegeven aan een volledige overdracht van het auteursrecht. Ook de cessie ter incasso zou in de optiek van de wetgever worden vergemakkelijkt met de figuur van de privatieve last, maar ook in dit deel van de rechtspraktijk blijkt in veel gevallen te worden gekozen voor andere rechtsfiguren, zoals verpanding en volledige overdracht. Zie S.Y.Th. Meijer, Lastgeving met privatieve werking staat buitenspel, NJB 1995, p. 284, en A.F.J.A. Leijten, Privatieve lastgeving en trustachtige figuren, in: Vertrouwd met de trust, 1996, p. 419-436.

302 W.C.L. van der Grinten, Lastgeving, Mon. Nieuw BW B-81, 1993, § 13 op p. 13, zou het logischer hebben gevonden als de privatieve last ook zou kunnen worden verstrekt aan degene die als onmiddellijk vertegenwoordiger krachtens volmacht in naam van de lastgever mag handelen. Art. 7:423 BW vereist echter uitdrukkelijk handelen van de lasthebber in eigen naam. Zie ook de kritiek van Kortmann, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr. 169 op p. 143, en in Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-I, De vertegenwoordiging, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 68 op p. 80, en C.R. Christiaans en T.H.M. van Wechem, Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden, WPNR 6193 (1995), p. 587-590 op 588 l.k. en noot 31. Dit euvel wordt m.i. niet verholpen door middel van een gecombineerde akte die de lastgever ook een volmacht verstrekt, zoals is voorgesteld door W.A.K. Rank, Privatieve last tothypothekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid?, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, op p. 474-475. Een lasthebber kan niet tegelijkertijd als gevolmachtigde in naam van een ander en als lasthebber in eigen naam optreden in één transactie ten aanzien van eenzelfde goed.

303 De 'uitoefening' van het recht om overeen goed te beschikken betekent dat verschillende rechtshandelingen worden verricht, zowel de rechtshandeling die een titel voor levering oplevert als de levering zelf, die pleegt te worden onderscheiden in de goederenrechtelijke overeenkomst van levering en de leveringshandelingen en -formaliteiten.

"Een lastgeving tot uitoefening in eigen naam van andermans rechten met privatieve werking is moeilijk te verenigen met het wettelijk stelsel, waaraan een scheiding tussen goederen- en verbintenissenrecht ten grondslag ligt, en met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Het goederenrechtelijk effect van de last met privatieve werking staat op gespannen voet met de idee dat het eigendomsrecht niet anders kan worden gesplitst dan door de vestiging van beperkte rechten"<sup>304</sup>

De onmogelijkheid voor de rechthebbende om zijn beschikkingsbevoegdheid uit te oefenen na verlening van een privatieve last daartoe, komt in feite neer op afsplitsing van de bevoegdheid tot beschikking uit zijn subjectieve recht en overdracht van die bevoegdheid aan een ander.<sup>305</sup> Een privatieve last tot beschikking betekent dat de situatie ontstaat waarin een rechthebbende niet langer in staat is om over zijn goed te beschikken. Deze beperking is een inbreuk op de verhandelbaarheid van goederen. Aangezien de verlening van een privatieve last krachtens de wet privatieve werking 'jegens derden' heeft, treft deze in theorie verbintenissenrechtelijke inbreuk vermoedelijk niet alleen de rechthebbende zelf, maar ook zijn schuldeisers.<sup>306</sup>

De inbreuk die een privatieve last maakt op de beschikkingsmogelijkheden van een rechthebbende, is echter in sommige gevallen minder groot dan op het eerste gezicht lijkt: rekening moet worden gehouden met

304 S C J J Kortmann in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr 169

305 C.C van Dam, in Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr 477

306 Vermoedelijk moet worden aangenomen dat de privatieve last in beginsel ook werking heeft jegens schuldeisers van de rechthebbende die beslag leggen op het goed ten aanzien waarvan de privatieve last is verleend. Voorts kan de privatieve last waarschijnlijk worden tegengeworpen aan zekerheidsgerechtigden die hun recht na de verlening van de privatieve last hebben verkregen. Op beide situaties is vermoedelijk de prioriteitsregel van toepassing. Enigszins curieus is dit wel aangezien er nog geen concurrerende rechtsverkrijger is zolang de privatieve last niet is uitgeoefend. Er ontstaat een vorm van voorrang voor een recht dat nog *in statu nascendi* is, maar al enigszins is geconcretiseerd door de verstrekking van de privatieve last tot beschikking ten gunste van een toekomstige rechtsverkrijger. De ontwikkeling van het toekomstige subjectieve recht van deze belanghebbende is bij de privatieve last minder ver gevorderd dan de aanspraak van degene aan wie bij voorbaat een toekomstig goed reeds is geleverd. Anders Kortmann, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr 171, op p 146, op basis van een afkeurende analyse van een passage in de MvA II bij art 7:423 (d.d. 28 oktober 1991), 17:779, nr 8, p 10, waarin is gesteld dat bij overdracht van het goed waarvoor een privatieve last is verleend door de lastgever, de rechten en de verplichtingen uit de lastgeving krachtens art. 6:251 BW mee overgaan op de verkrijger van het goed. Rank, a.w., 1997, op p 472-473, meent dat een posterieure vervreemding, bezwaring, verhuuring, verpachting, vestiging van een kwalitatieve verplichting door de privatieve lastgever en een onderbewindstelling niet kunnen worden tegengeworpen aan de privatieve lasthebber, maar een posterieur beslag en een posterieur faillissement wel.



de mogelijkheden van de lastgever tot opzegging van de privatieve last.<sup>307</sup> Door ervoor te kiezen de privatieve last tot beschikking op te zeggen, herwint de rechthebbende zijn exclusieve beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het goed. In sommige gevallen is de last echter onherroepelijk te maken: voor zover een lastgevingsovereenkomst strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de lasthebber of van een derde, kan krachtens de tweede zin van art. 7:422 lid 2 BW worden bepaald dat de last niet door de lastgever kan worden opgezegd en dat de last niet eindigt door de dood of de ondercuratelestelling van de lastgever. Mede op grond van een wettelijke schakelbepaling is deze vorm van onopzegbaarheid van een lastgeving te vergelijken met een onherroepelijke volmacht tot het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor rekening van een ander. Een belangrijk verschil is uiteraard dat een volmacht geen privatieve werking heeft.<sup>308</sup> Bovendien verschaft een volmacht slechts de bevoegdheid om in naam van de volmachtgever rechtshandelingen aan te gaan; van verlening van beschikkingsbevoegdheid is geen sprake. Om deze reden is door Groefsema het Duitse concept machtiging gelanceerd en onderscheiden van de verlening van een volmacht.

Er bestaan derhalve gevallen waarin een privatieve last krachtens art. 7:423 BW aan de rechthebbende beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van zijn goed ontnemt, terwijl deze niet in staat is door opzegging de beschikkingsbevoegdheid te herkrijgen. Bij deze hypothese is vanuit het perspectief van de verhandelbaarheid een kanttekening te plaatsen. Eventuele beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid van een rechthebbende moeten in het licht van de regels inzake overdraagbaarheid van goederen krachtens art. 3:83 BW worden gezien, zeker wanneer het gaat om beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid door een rechtshandeling van partijen.<sup>309</sup> In feite creëert de lastgever door middel van een privatieve

---

307 Zie art. 7:422 lid 2 BW dat de bevoegdheid tot opzegging van een overeenkomst tot opdracht krachtens art. 7:408 lid 1 BW van dwingend recht verklaart. In lid 2 van art. 7:423 BW, dat de privatieve last betreft, wordt naar art. 422 lid 2 verwezen.

308 HR 29 september 1989, NJ 1990, 307 (Van Spijk BV/Stichting Beeldrecht). Zie o.a. Asser-Van der Grinten 2-I, De vertegenwoordiging, 7<sup>e</sup> druk 1990, nr. 70, 8<sup>e</sup> druk 2004, nr. 68. De partijen bij een onherroepelijke volmachtverlening hebben vermoedelijk in de meeste gevallen wel de bedoeling dat de volmachtverlener zelf zich onthoudt van het verrichten van de rechtshandelingen waarvoor de volmacht is verleend. Een dergelijke privatieve werking heeft echter geen wettelijke grondslag. Hoogstens is sprake van obligatoir effect.

309 Het onderscheid tussen overdraagbaarheid en beschikkingsbevoegdheid is een innovatie die pas in het nieuwe BW scherp gestalte heeft gekregen. Dit onderscheid heeft ruimte geschapen voor de twijfelachtige gedachte dat contractuele arrangementen ten aanzien van beschikkingsbevoegdheid mogelijk zijn, ook daar waar art. 3:83 BW geen ruimte biedt voor een afwijkend partijbeding met goederenrechte-

last een zichzelf opgelegde overdraagbaarheidsbeperking. De uitleg van art. 7:423 BW in het licht van het stelsel van de wet, in het bijzonder het onder meer aan art. 3:83 BW ten grondslag liggende imperatief van verhandelbaarheid van goederen, leidt tot de conclusie dat een last met betrekking tot beschikkingshandelingen ten aanzien van een goed is alleen privatieve werking kan hebben voor zover de wet in het kader van art. 3:83 BW een beperking van de overdraagbaarheid van dat type goed toestaat.<sup>310</sup> Dit betekent dat alleen ten aanzien van vorderingsrechten een ander dan de rechthebbende zou kunnen worden gemachtigd om in eigen naam met uitsluiting van de rechthebbende zelf te beschikken over zijn vorderingsrecht.

Op basis van de bedoelingen van de wetgever is ook de nog verder gaande stelling verdedigbaar dat art. 7:423 BW in het geheel geen ruimte schept om de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van een goed met privaat effect aan een ander toe te kennen. De wetgever heeft met de bepaling vooral beoogd mogelijk te maken dat de bevoegdheden tot inning van vergoedingen voor auteursrechten exclusief aan een daartoe opgerichte entiteit toekomen.<sup>311</sup> Verder wees de wetgever op de mogelijkhe-

---

lijke werking. Het onderscheid mag m.i. echter niet worden misbruikt om via de band van de beschikkingsbevoegdheid partij-arrangementen te treffen die via de band van de overdraagbaarheid door de wetgever door middel van art. 3:83 BW onmogelijk zijn gemaakt.

310 Rank, a.w., 1997, op p. 475, stelt dat art. 3:83 BW geen beletsel voor de privatieve last is, aangezien deze regel "beoogt te voorkomen dat een goed buiten het economisch verkeer wordt gebracht. Door de privatieve last, met de daarbij behorende volmacht, gebeurt dit echter niet: slechts verschuift de beschikkingsbevoegdheid van de lastgever naar de lasthebber. Daarmee is echter geen sprake van een door art. 3:83 BW verboden algemene beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende." M.i. kent Rank hier een te beperkte betekenis toe aan de regel in art. 3:83 BW; ook "slechts" een verschuiving van beschikkingsbevoegdheid, waardoor een rechthebbende zelf niet langer over zijn goed zou kunnen beschikken, vormt een belemmering van de verhandelingsmogelijkheden ten aanzien van een goed, die in beginsel worden beheerst door de rechtsregels in art. 3:83 BW.

311 In MvA II bij art. 7:423 (d.d. 28 oktober 1991), 17 779, nr. 8, p. 7-10. Op p. 10, is verder gesteld dat bij overdracht van een goed ten aanzien waarvan een privatieve last is verleend, de rechten en de verplichtingen op grond van art. 6:251 BW overgaan op een verkrijger van dat goed; deze passage veronderstelt kennelijk dat de privatieve last op iets anders ziet dan de beschikking over het recht zelf. Ook stelde de wetgever t.a.p., sub 4, dat een privatieve last, voor zover de last de bevoegdheid van de lastgever als eigenaar van een registergoed aantast om over het goed te beschikken, krachtens art. 3:17 lid 1 sub a BW in de openbare registers kan worden ingeschreven. Niet duidelijk is wat in deze laatste passage is bedoeld met een aantasting van de beschikkingsbevoegdheid; vermoedelijk gaat het slechts om de mogelijkheid om het registergoed geheel vrij van lasten over te dragen. In Nota naar aanleiding van het eindverslag bij art. 7:423 (d.d. 21 juli 1992), 17 779, nr. 13, p. 3, is verder de noodzaak van de figuur van de privatieve last onderbouwd met de

den die de privatieve last kon bieden voor het innen van andermans vorderingen, het beheer van octrooien, kwekersrechten en tekeningen en modellen, en het beheer van effecten door een trustkantoor en het beheer van registergoederen.<sup>312</sup> Al deze gevallen zien op een vorm van beheer van rechten van de lastgever.<sup>313</sup> In ieder geval gaat het om handelingen van een andere orde dan beschikkingshandelingen zoals vervreemding en bezwaring van een goed met een beperkt recht. Ook de tekst van art. 7:423 BW levert nog een argument op voor de stelling dat het bij de privatieve last om beheersbevoegdheden en niet om beschikkingsbevoegdheid gaat. De tekst rept van de 'uitoefening van een recht'; hieronder zijn beheershandelingen gemakkelijker te brengen dan handelingen die bestaan uit de beschikking over een recht.

Op grond van de ontstaansgeschiedenis en de tekst van art. 7:423 BW en op basis van het oogmerk van de wetgever, zowel in het algemeen met

---

stelling dat bij gebreke daaraan toevlucht genomen zou moeten worden tot fiduciaire overdracht tot beheer; daarbij wordt uitdrukkelijk vermeld dat dan sprake zou zijn van volledige overdracht die de beheerder beschikkingsbevoegd zou maken en het goed vatbaar voor verhaal door schuldeisers. Ook hieruit blijkt impliciet dat de bevoegdheden van een privaat lasthebber alleen in termen van beheer zijn gedacht.

312 Blijkens de parlementaire geschiedenis is met invoering van de privatieve last ook beoogd het beheer van effecten en registergoederen door bijvoorbeeld een trustkantoor te vergemakkelijken; of dit reël is, wordt betwijfeld door Kortmann, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr. 171 en ten dele ook C.R. Christiaans en T.H.M. van Wechem, Artikel 7.423 BW tegen het licht gehouden, WPNR 6193 (1995), p. 587-590 op 589 r.k. Vgl. voor het beleggingsfonds W. Snijders, Trustverdrag en Nederlands materiel recht, in: Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemade-bundel), 1993, § 10, en D.A. Worst, Het gebruik van de privatieve last bij de inrichting van beleggingsfondsen, Tijdschrift voor Effectenrecht, 2002/10, p. 193-200.

313 Vgl. C.R. Christiaans en T.H.M. van Wechem, Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden, WPNR 6193 (1995), p. 587-590 op 590: "Alle toepassingsmogelijkheden zoals deze de wetgever voor ogen stonden kunnen worden opgevat als betrekking hebbend op het beheer van de rechten van de lastgever. De wetgever heeft geen voorbeelden genoemd van toepassingsmogelijkheden waarbij het *beschikken* door de lasthebber over het recht van de lastgever centraal staat." Zie ook Kortmann, ten aanzien van de inning van vorderingen, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr. 168: "De inning van een vordering beschouwt Groefsema, diss., p. 111 e.v., als een beschikkingshandeling. Wij zien een inning als de uitoefening van een recht, niet zijnde een daad van beschikking over dat recht. Bij vorderingen dient onderscheidt te worden gemaakt tussen de uitoefening van bevoegdheden jegens de wederpartij die voortvloeien uit het vorderingsrecht, en bevoegdheden die de rechthebbende heeft *met betrekking tot* het vorderingsrecht als vermogensobject. Handelingen met betrekking tot de vordering, zoals vervreemding, afstand of bezwaring, zijn beschikkingshandelingen. Daarentegen behoort de inning van de vordering tot de uitoefening van het recht jegens de wederpartij, waaraan het karakter van beschikken ontbreekt."

betrekking tot het vermogensrecht (verhandelbaarheid van goederen) als in het bijzonder met betrekking tot de privatieve last (beheer van goederen), meen ik dat de wet geen ruimte biedt om aan de verlening van beschikkingsbevoegdheid aan een lasthebber privatieve werking toe te kennen. Van 'machting' met privatieve werking kan dus geen sprake zijn.<sup>314</sup> Ook na een verlening van een privatieve last tot beschikking, blijft de rechthebbende zelf beschikkingsbevoegd, de rechthebbende blijft derhalve in staat tot vervreemding en bezwaring van zijn goed. Alleen ten aanzien van rechtshandelingen strekkende tot beheer van een goed kan aan een last privatieve werking worden verleend.<sup>315</sup>

Al met al is de conclusie dat het niet mogelijk is om door verlening van een privatieve last over te gaan tot afsplitsing en verzelfstandiging van de bevoegdheid tot beschikken, zodanig dat de afsplitsing tegenwerpelijk is aan derden en de rechthebbende niet meer in staat is om zelf ten aanzien van zijn goed beschikkingshandelingen te verrichten.

#### 784 *De bevoegdheid tot inning van vorderingen*

Een vordering tot betaling van een geldsom in de zin van boek 6 BW is een goed in de zin van boek 3 BW. Een kernbevoegdheid van een rechthebbende tot dit type goed is de bevoegdheid tot inning van die vordering. Deze bevoegdheid vloeit voort uit het vorderingsrecht.<sup>316</sup> Het uit-

314 Ten tijde van de verdediging van het proefschrift van Groefsema in 1993 was de bepaling in art. 7:423 BW nog in de ontwerpfasen. De machtingssleer van Groefsema is gebouwd op de hypothese dat bij machting geen sprake is van afsplitsing van beschikkingsbevoegdheid. Hij pleitte dan ook tegen invoering van de privatieve last, op p. 119.

315 Zo ook C.R. Christiaans en T.H.M. van Wechem, Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden, WPNR 6193 (1995), p. 587-590 op p. 590; G.H. Potjewijd, Bekrachtiging en convalescentie - Over de toepassing van art. 3:58 BW bij beschikkingen over andermans goed, 2002, § 19.2. In het vennootschapsrecht is van belang of de aan een aandeel verbonden bevoegdheid tot stemmen door middel van een privatieve last, al dan niet gecombineerd met een onherroepelijke volmacht, exclusief aan een ander dan de aandeelhouder kan worden toegekend. Ontkennend nog J.M.M. Maeijer, WPNR 6182 (1995), P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 10<sup>e</sup> druk 1995, § 34, p. 113; A.F.J.A. Leijten, Privatieve lastgeving en trustachtige figuren, in: Vertrouwd met de trust, 1996, p. 419-436, § 9. Zie inmiddels echter ook het nieuwe art. 2:118a BW, waarover R.G.J. Nowak, De privatieve stemvolmacht aan certificaathouders in de nieuwe structuurregeling, WPNR 6491 (2002), p. 401-406.

316 Vorderingsrechten ontstaan in veel gevallen uit overeenkomst. Aangenomen wordt dat de bevoegdheid van de schuldeiser om over te gaan tot ontbinding of vernietiging van de overeenkomst waaruit zijn vorderingsrecht is ontstaan niet afzonderlijk voor overgang vatbaar is. Zie Asser-Mijnssen-De Haan 3-1, 2001, no. 283, vgl. H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 310. J.H. Beekhuis, noot onder HR 19 juni 1964, NJ 1965, 341, meende dat de cedent en de cessionaris wel overeen kunnen komen

gangspunt is logischerwijs dat de schuldeiser bevoegd is tot inning. Afsplitsing van de inningsbevoegdheid ten gunste van een ander, terwijl de schuldeiser rechthebbende blijft van de vordering, is alleen mogelijk voor zover de wet dat toelaat.<sup>317</sup> De wet biedt hiertoe in verschillende opzichten ruimte.

De inningsbevoegdheid kan door de schuldeiser worden afgesplitst ten gunste van een ander door middel van de vestiging van een beperkt recht. De bevoegdheid tot inning maakt dan deel uit van het pakket bevoegdheden dat wordt toegekend aan de beperkt gerechtigde. De overdracht van de inningsbevoegdheid in het kader van een beperkt recht is privaatef: degene die het beperkt recht op zijn vorderingsrecht verleent, is in beginsel zelf niet meer inningsbevoegd.

In de eerste zin van art. 3:246 lid 1 BW is bepaald dat de gerechtigde tot een openbaar pandrecht op een vordering bevoegd is tot inning van de verpande vorderingen. Krachtens de tweede zin blijft de inningsbevoegdheid bij een stil pandrecht blijft echter toekomen aan de pandgever. De stil pandhouder verkrijgt wel van rechtswege de bevoegdheid om van zijn pandrecht mededeling te doen en daarmee de inningsbevoegdheid op hem te doen overgaan.<sup>318</sup> Deze bevoegdheid van rechtswege bestaat op grond van art. 3:239 lid 3 BW in beginsel alleen indien de schuldenaar in verzuim is of goede grond geeft te vrezen dat hij in de nakoming van de gesecureerde vordering tekort zal schieten. Bij de vestiging van het pandrecht kan echter worden overeengekomen dat de bevoegdheid tot omzetting van het pandrecht door middel van een mededeling aan de debiteur van de verpande vordering ook op een ander tijdstip ontstaat. De wet

---

dat de ontbindingsbevoegdheid overgaat op de cessionaris

317 Vgl. H. Wammes, *Betaling aan een onbevoegde - Enkele aantekeningen bij de artt. 6:32, 6:33, 6:34 en 6:36 Nieuw BW*, WPNR 6004 (1991), p. 293-294. "Inningsbevoegdheid is normaliter gekoppeld aan schuldeiserschap ( ) Ontkoppeling van inningsbevoegdheid en schuldeiserschap is slechts mogelijk in de in de wet geregelde gevallen "

318 In HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q q /CLBN) is beslist dat de stil pandhouder ook tijdens faillissement van de pandgever bevoegd is over te gaan tot het doen van mededeling aan de debiteuren van de verpande vorderingen. Ook beslag op een stil verpande vordering staat niet aan een mededeling in de weg, aldus terecht H. J. Snyders, annotatie bij HR 23 april 1999, NJ 2000, 30 m nt. HJS (Sisal I), § 4 "De conserverende en dus ook fixerende functie van het beslag behoort evenmin in de weg te staan aan een versterking van de positie van de pandhouder door mededeling van de verpanding aan de panddebiteur ( ) Dogmatisch gezien valt hiervoor tevens aan te voeren dat de mededelingsbevoegdheid van de pandhouder op zichzelf reeds een goederenrechtelijke, namelijk op de oorspronkelijke goederenrechtelijke vestigingsovereenkomst berustende bevoegdheid is, waarvan de pandhouder het gebruik en het effect aan een ieder en dus ook aan de curator en een beslaglegger kan tegenwerpen "

biedt hier dus ruimte voor nadere afbakening van de omzettingsbevoegdheid van de stil pandhouder, die indirect bepalend is voor zijn bevoegdheid tot inning van de verpande vordering

Ook wanneer een vorderingsrecht wordt belast met een recht van vruchtgebruik gaat de inningsbevoegdheid over op de vruchtgebruiker krachtens art 3 210 lid 1 BW. Blijkens de uitdrukkelijke bepaling in lid 3 is de vruchtgebruikgever zelf daartoe in beginsel niet meer bevoegd. In de aanhef van lid 1 laat de wet opnieuw ruimte voor een afwijkende regeling door partijen. De debiteur van de in vruchtgebruik gegeven vordering mag er echter in beginsel vanuit gaan dat alleen de vruchtgebruiker inningsbevoegd is.<sup>319</sup> Een afwijkende regeling is dus alleen tegenwerpelijk aan een schuldenaar die daarvan op de hoogte is gebracht, bijvoorbeeld bij de voor de vestiging krachtens art 3 98 jo 94 lid 1 BW aan hem gedane mededeling.<sup>320</sup>

De vermelding van art 3 94 BW verleidt tot een opmerking over de regeling van de stille cessie, die sinds 1 oktober 2004 in de wet is genomen. Sindsdien is overdracht van een vordering mogelijk, zonder dat mededeling wordt gedaan aan de debiteur van de gecedeerde vordering. Deze debiteur zal normaliter niet op de hoogte zijn van de stille cessie, gaat hij tot betaling over, dan zal hij, mede gezien art 6 34 BW, bevrijdend betalen aan de cedent, ook al is de cedent niet meer de rechthebbende tot de vordering. Voor de bevoegdheid om tot inning over te gaan, is echter geen uitdrukkelijke regeling getroffen. De wetgever heeft volstaan met de opmerking bij monde van de minister dat de debiteur ook verplicht is aan de cedent te betalen zolang geen mededeling is gedaan.<sup>321</sup> Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de cedent inningsbevoegd blijft zolang geen mededeling van de cessie is gedaan.<sup>322</sup> Deze benadering sluit vermoedelijk het beste aan bij de behoeften van de rechtspraak, waarin juist voor stille cessie wordt gekozen in de gevallen dat het de bedoeling van de cessionaris is dat de cedent de vorderingen int.<sup>323</sup> De benadering van de minister geeft hem ook de bevoegdheid daartoe, zonder dat hem door de cessionaris een last behoef te zijn verleend.

Aangezien de stille cessie onmiddellijk resulteert in vermogensovergang, wordt een ander dan de rechthebbende exclusief inningsbevoegd

319 Zie MvA bij art 3 210, PG 3, p. 656

320 Zie verder M.S. van Galen, *Vruchtgebruik*, diss. VU, 2001 § 249

321 Kamerstukken II, 2003/2004, 28 878, nr. 5, p. 11

322 Vermoedelijk geldt geen enkele restrictie op de bevoegdheid van de cessionaris om op elk willekeurig moment alsnog mededeling te doen, anders dan geldt voor de stil pandhouder

323 Anders R.J. Abendroth, *Een jaar stille cessie*, TvI 2006/2, nr. 14 p. 58-61

Zo bezien resulteert ook stille cessie, evenals de beperkte rechten, in afsplitsing van de inningsbevoegdheid, echter zonder dat met betrekking tot de vordering aan de cedent nog een eigen recht toekomt dat een kader biedt voor de inningsbevoegdheid. Aangenomen kan worden dat met de stille cessie implicite ook een lastgevingsverhouding ontstaat tussen cedent en cessionaris.

Naast de vestiging van een beperkt recht biedt de wet aan de rechthebbende tot een vordering nog een mogelijkheid om de inningsbevoegdheid exclusief aan een ander toe te kennen, mede met het oog op de incasso van vorderingen heeft de wetgever de privatieve last in art. 7:423 BW opgenomen. Gezien de privatieve werking is dan in feite, hoewel wellicht niet in theorie, sprake van afsplitsing van de inningsbevoegdheid. In de vorige paragraaf stelde ik mij op het standpunt dat een last niet privaat kan zijn voor zover de last ziet op de uitoefening van een bevoegdheid tot beschikken. De inning van vorderingen moet worden aangemerkt als een beheershandeling.<sup>324</sup>

De bevoegdheid tot inning van een vordering komt in nog twee andere gevallen toe aan een ander dan de schuldeiser zelf. Ten eerste in geval van een beslag op een vordering verliest de debiteur van de beslagen vordering in beginsel de mogelijkheid om bevrijdend aan de beslag-debiteur te betalen.<sup>325</sup> De inningsbevoegdheid is in art. 477 Rv toegekend aan de deurwaarder, die het geinde vervolgens doet toekomen aan degenen met de sterkste rechten daarop. Ten tweede komt de inningsbevoegdheid gedurende faillissement van rechthebbende op grond van art. 25 Fw toe aan de faillissementscurator.

Het gaat in deze twee gevallen dus niet om een afsplitsing van de inningsbevoegdheid die door de rechthebbende zelf is bewerkstelligd, maar om de toekenning van rechtswege van de inningsbevoegdheid aan een ander dan de rechthebbende, zonder dat daaraan een vermogensrecht ten grondslag ligt. Tegelijkertijd is de inningsbevoegdheid van rechtswege aan de rechthebbende zelf ontnomen. De wet bepaalt in deze gevallen de

---

324 Aldus m.n. S.C.J.J. Kortmann, in Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, 7<sup>e</sup> druk 1994, nr. 168, eerder geciteerd. M.i. geldt overigens dat inning door een pandhouder ook geen executiehandeling oplevert, zie nader De aanspraken van de pandgever en de pandhouder op het geinde, in: Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, 1997, § 2, p. 145-148.

325 Zie het in art. 475 lid 1 sub a Rv verwoorde bevel in verband met derdenbeschermingsbepaling in de tweede zin van art. 475h Rv.

omvang van de inningsbevoegdheid en de wijze waarop de bevoegdheid door de ander wordt uitgeoefend.<sup>326</sup>

### 7.8.5 *Enige erfrechtelijke bevoegdheden*

In de hoofdstukken 2 en 3 is al duidelijk geworden dat de numerus clausus en het gesloten systeem een benaderingswijze vormen die ook het erfrecht omvat. Het erfrecht is een bron voor talloze bevoegdheden met betrekking tot goederen. Ten aanzien van elk van deze bevoegdheden rijzen de vragen die in dit hoofdstuk over splitsing in het kader van de numerus clausus zijn gesteld. Het gaat dan meer in het bijzonder om de vraag of een bevoegdheid afgesplitst en verzelfstandigd kan worden en de vraag of een verzelfstandigde bevoegdheid een vermogensrecht vormt, dat als zodanig vatbaar is voor overdracht, verhaal en vererving.

Een integrale bespreking van alle erfrechtelijke bevoegdheden gaat het bestek van deze studie ruim te buiten. Volstaan kan worden met enkele voorbeelden, die voldoende duidelijk maken dat ook de erfrechtelijke bevoegdheden op een of andere wijze passen in het stramien van de numerus clausus. De keuze van de voorbeelden is betrekkelijk willekeurig: eerst wordt aandacht besteed aan de testeerbevoegdheid, vervolgens aan de inkortingsbevoegdheden van een legitimaris en tenslotte aan de bevoegdheid om vervallenverklaring van een testamentaire last te vragen.

#### 7.8.5.1 De testeerbevoegdheid

Aan elke rechthebbende komt de zogenaamde testeerbevoegdheid toe, de bevoegdheid om bij uiterste wilsbeschikking zijn vermogen te vermaken of een andere pas na zijn dood werkende beschikking over één of meer van zijn goederen te maken. De testeerbevoegdheid wordt vaak geïdentificeerd, of althans in verband gebracht, met de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van een bepaald goed. Ten onrechte volgens W. Snijders; hij stelt dat de dubbele grondslag voor de testeervrijheid is te vinden in enerzijds de algemene bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten en anderzijds in de vrijheid persoonlijk vermogen te verwerven en daarover dan ook vrijelijk te beschikken:

---

326 HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362 (Rabobank/Stormpolder Vastgoed) heeft duidelijk gemaakt dat de inningsbevoegdheid van een beslaglegger mede de bevoegdheid tot uitwinning van een aan de beslagen vordering verbonden hypotheekrecht omvat. Terecht stelt S.C.J.J. Kortmann, Inning van andermans gesecureerde vordering, Tvl 2005/3, nr. 19, p. 67-69, dat de inningsbevoegdheid van de faillissementscurator dezelfde omvang heeft.



"de tweede grondslag brengt m.i. te veel op de gedachte dat de testeervrijheid in wezen een uit het eigendomsrecht c.q. vermogensrecht afgesplitste, onzelfstandige bevoegdheid is, die op één lijn staat met de bevoegdheid goederen over te dragen of te bezwaren, zoals deze aan alle overdraagbare goederen inherent is. Bovendien houdt de tweede grondslag geen rekening met het feit dat een uiterste wil ook andere beschikkingen dan over het vermogen van de erflater kan bevatten, zoals de oprichting van een stichting, testamentaire lasten van niet-vermogensrechtelijke aard en benoeming van een voogd als bedoeld in art. 1:292 lid 1 BW."<sup>327</sup>

Volgens Snijders moet de testeerbevoegdheid worden gekwalificeerd als een wilsrecht.<sup>328</sup>

Naar mijn mening is het beter de term 'wilsrecht' te reserveren voor bevoegdheden tot het in het leven roepen van een specifiek subjectief recht, meer in het bijzonder een vermogensrecht; het wilsrecht is dan een specifiek subjectief recht-in-wording. Het algemene karakter van de testeerbevoegdheid ontstijgt juist de individuele vermogensrechten, ten eerste aangezien de testeerbevoegdheid ziet op het vermogen als geheel, ook al kan een uiterste wilsbeschikking individuele goederen betreffen, en ten tweede omdat de testeerbevoegdheid ook ziet op niet-vermogensrechtelijke arrangementen, zoals door Snijders in het citaat hierboven is toegelicht. Daarom kan de testeerbevoegdheid beter worden gekwalificeerd als een persoonlijkheidsrecht in de orde van grootte van de in art. 1:1 BW geregelde bevoegdheid tot het genot van de burgerlijke rechten.<sup>329</sup> Deze kwalificatie betekent dat de testeerbevoegdheid niet vatbaar is voor overdracht; de bevoegdheid om bij uiterste wilsbeschikking zijn vermogen te vermaken kan niet aan een ander worden toegekend, noch op goederenrechtelijke wijze, noch door middel van lastgeving.

327 W. Snijders, Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR 6366 (1999), op p. 587. W.G. Huijgen, Het beginsel van testeervrijheid in het erfrecht, in: Yin-Yang (Van Mourikbundel), 2000, p. 85-92, zoekt de grondslag voor de testeervrijheid in het autonomiebeginsel en kent aan de testeervrijheid de status van grondrecht toe.

328 Vgl. TM bij art. 3:13 (1954), PG Inv. 3, p. 1040. "Het derde lid ten slotte brengt tot uitdrukking, dat er nog bevoegdheden in het burgerlijk recht worden aangetroffen, waarbij niet van misbruik van bevoegdheid kan gesproken worden, omdat de uitoefening der bevoegdheid door het recht geheel aan het vrije oordeel van hem, wie deze bevoegdheid is toegekend, is overgelaten. Het zijn veelal bevoegdheden, die de macht geven een verandering te brengen in een bestaande rechtstoestand, z.g. wilsrechten, als de bevoegdheid legaten te maken, rechtsverhoudingen door een opzegging - al of niet met inachtneming van een opzeggingstermijn - te doen eindigen, enz." De vereenzelviging van de bevoegdheid tot legateren met de wilsrechten is overigens later ingetrokken, zie MvA II Inv. bij art. 3:13 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1046.

329 Zie over de persoonlijkheidsrechten ook § 7.3.1. In § 7.3.4 is gebleken dat Meijers het niet doelmatig vond om de testeerbevoegdheid aan te merken als subjectief vermogensrecht.

De erfflater is niet geheel vrij bij de uitoefening van zijn testeerbevoegdheid. Zoals is geconstateerd in § 2.2.4 is in art. 4:42 BW het uitgangspunt verwoord dat alleen sprake is van een uiterste wilsbeschikking indien de rechtshandeling van de erfflater is onder te brengen bij één van de in de wet geregelde of uitdrukkelijk als zodanig in de wet aangemerkte typen.<sup>330</sup> Er is sprake van een *numerus clausus*.<sup>331</sup> Bovendien geldt van rechtswege een aantal dwingendrechtelijke beperkingen op de testeervrijheid, zoals de aanspraak van een legitimaris op de legitieme portie van het vermogen van de erfflater.

#### 7.8.5.2 De bevoegdheden van een legitimaris

De regeling van de legitieme portie in afd. 4.4.3 BW verschaft aan de legitimaris allerlei bevoegdheden, zoals de bevoegdheid informatie over de nalatenschap te krijgen. De belangrijkste bevoegdheid is echter geregeld in art. 4:80 BW, dat aan de legitimaris die daarop aanspraak maakt, een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen toekent. Inroeping van de legitieme leidt tot inkorting van de nalatenschap. Het vorderingsrecht van de legitimaris ontstaat indien hij daarop aanspraak maakt. Ook deze aanspraak pleegt te worden geduid als een wilsrecht, aangezien de uitoefening ervan een vermogensrecht in het leven roept. Wilsrechten zelf worden ook vaak aangemerkt als vermogensrechten, maar het is maar de vraag of deze kwalificatie hier op zijn plaats is. Dit hangt mede af van het regime dat van toepassing is op deze bevoegdheid van de legitimaris.

De wet geeft in art. 4:92 BW een uitdrukkelijke regeling voor de uitoefening van de bevoegdheden van de legitimaris door anderen dan hem zelf. In lid 1 is de overgang onder algemene titel bij vererving geregeld, in lid 2 de uitoefening van de bevoegdheden gedurende faillissement, en in lid 3 de overgang onder bijzondere titel. Krachtens lid 1 komen de bevoegdheden van de legitimaris na zijn overlijden toe aan hen die tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn. In lid 2 is bepaald dat de bevoegdheden

330 In titel 4.5 BW zijn achtereenvolgens de volgende typen uiterste wilsbeschikking geregeld: de erfstelling, het legaat, de testamentaire last, de (testamentaire) stichting, de making onder tijdsbepaling of onder voorwaarde, de benoeming van een executeur, en het testamentair bewind.

331 Zie nader F.W.J.M. Schols, *Handboek erfrecht*, 4<sup>e</sup> druk 2006, § VI.1.5-7, p. 110-114, die op p. 113 aan het gesloten stelsel, dat ook het Duitse erfrecht kenmerkt, een ordenende functie toekent. Zie ook dezelfde, *Testamentair bewind naar nieuw erfrecht*, in: *Bewind en aan bewind verwante vormen*, preadvies KNB 2004, § 2.1.5. In: *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen, 2005, p. 16 en 21, vermeldt hij ook nog de "repressie" van vreemde erfrechtelijke eenden in de bijt, zoals de ouderlijke boedelverdeling en het aanbod neergelegd in een uiterste wil.

ingeval van faillissement kunnen worden uitgeoefend door de faillissementscurator. In lid 3 is bepaald dat de bevoegdheden van een legitimaris alleen tezamen met zijn erfdeel kunnen worden overgedragen. Overigens wordt in de rechtspraak en de literatuur aangenomen dat schuldeisers van een legitimaris niet tot uitoefening van zijn bevoegdheden kunnen overgaan.<sup>332</sup>

De regeling in de leden 1 en 2 en de aanname dat schuldeisers niet tot uitoefening bevoegd zijn, doen denken dat de bevoegdheid van een legitimaris geen vermogensrecht vormt, zou wel sprake zijn van een vermogensrecht, dan zou op basis van de algemene regels van het vermogensrecht vanzelfsprekend zijn dat de bevoegdheden overgaan op erfgenamen, en dat aan de faillissementscurator van rechtswege de bevoegdheid tot uitoefening van het vermogensrecht toekomt. Alleen de regeling in lid 3 heeft dan de meerwaarde dat duidelijk wordt gemaakt dat de bevoegdheden accessoir aan het erfdeel zijn. De regeling in lid 3 betekent dat de bevoegdheid van de legitimaris niet verzelfstandigd kan worden door afsplitsing uit het erfdeel. Naar mijn mening betekent dit ook dat de bevoegdheden van de legitimaris in geval van overdracht van zijn erfdeel van rechtswege mee overgaan over de verkrijger, zonder dat hiervoor behoefte te worden voldaan aan enige leveringsformaliteit.<sup>333</sup>

Interessanter dan de dogmatische kwalificatie van de inkortingsbevoegdheden van de legitimaris, die gezien de bijzondere wettelijke regeling slechts van theoretisch belang is<sup>334</sup>, is de vraag wat de ratio van de regel in lid 3 is. Snijders ziet een algemeen belang, dat hij presenteert als een praktisch belang.

Voor de praktische hanteerbaarheid van dit stelsel is het wenselijk dat al deze rechten in een hand blijven, en niet worden versnipperd door ze aan verschillende

332 B C M Waaijer, Handboek erfrecht, 4<sup>e</sup> druk 2006, § X 26, p. 396, met verwijzing naar Pres. Rb. Amsterdam 5 juni 1997, KG 1997, 197 en naar de oratie van E. J. H. Schrage, Partij en derde, 1999.

333 Daarom moet men onrechtverwijst Waaijer, a.w., § X 26, p. 395, naar de leveringsformaliteit van art. 3:94 BW. In MvA II bij art. 4:92 (d.d. 1 november 1962), PG 4, p. 531, is gesteld dat een legitimaris ook een deel van zijn bevoegdheden met zijn erfdeel kan overdragen. Men moet dit zo worden verstaan dat de legitimaris in staat is te bepalen dat een deel van de bevoegdheden niet zullen toekomen aan de verkrijger. Dit betekent echter niet dat hij deze bevoegdheden zelf behoudt, zoals Waaijer t.a.p. stelt, mede gezien de hierna te bespreken ratio van art. 4:92 lid 3 BW, gaan ze men teniet. Het vervolg van de passage in de MvA II vermeldt dan ook het scenario dat de legitimaris overgaat tot uitoefening van een of meer van zijn bevoegdheden *alvorens* zijn erfdeel over te dragen.

334 In § 7:34 is geconstateerd dat Meijers in zijn Algemene begrippen, p. 85, tot de conclusie lijkt te komen dat het inkortingsrecht een zelfstandig subjectief vermogensrecht vormt. Ik ben geneigd hier anders over te denken.

personen over te dragen, die dan weer niet alleen met degenen van wie zij inkorting eisen, maar ook onderling kunnen gaan twisten<sup>335</sup>

Het voorkomen van versnippering is één van de doeleinden van de numerus clausus en het gesloten systeem. De onafsplitsbaarheid van bevoegdheden buiten de wettelijke kaders bevordert de hanteerbaarheid van het wettelijk stelsel. Verder kan versnippering een waardedrukkend effect hebben en daarmee de verhandelbaarheid van de betrokken vermogensrechten belemmeren.

### 7.8.5.3 Vervallenverklaring van een testamentaire last

Een legaat schept op grond van art. 4:117 BW een vorderingsrecht voor de legataris, maar een testamentaire last creëert op grond van art. 4:130 BW niet een vorderingsrecht voor de lastbevoordeelde. Wel heeft een onmiddellijk belanghebbende in geval van niet-nakoming van de testamentaire last door de lastbezwaarde krachtens art. 4:131 BW de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om vervallenverklaring van de verkrijging door de lastbezwaarde. Belanghebbende is alleen degene die iets krijgt uit de nalatenschap indien de verkrijging van de lastbezwaarde vervallen wordt verklaard. Het verval is in de wet vormgegeven als de vervulling van een ontbindende voorwaarde. De mogelijkheid voor onmiddellijk belanghebbers om vervallenverklaring te verzoeken, wordt in de erfrechtelijke literatuur soms aangemerkt als een bevoegdheid.

In de literatuur blijkt verschil van mening te bestaan over de vraag of het mogelijk is de bevoegdheid tot vervallenverklaring uit te sluiten.<sup>336</sup> Volgens F. Schols past loskoppeling van de vervallenverklaring niet binnen het gesloten stelsel van het nieuwe erfrecht, omdat deze mogelijkheid niet wordt gegeven in art. 4:131 BW. Zijn standpunt komt erop neer dat art. 4:131 BW dwingendrechtelijk vorm geeft aan de testamentaire last. Ook Reinhartz stelt dat de wetgever de last heeft geschapen met inbegrip van de ontbindende voorwaarde als vervallenverklaring wordt verzocht, zonder dat de wetgever heeft voorzien in een mogelijkheid om hiervan af te wijken. Zij verbindt hieraan de conclusie dat een dergelijke uitgekleden last nietig is.

335 W. Snijders, recensie oratie Schrage, RM Themis 2001/2, op 63. Zie ook de kanttekeningen van Waaijer hierbij, t a p., die echter ten dele op een verkeerd uitgangspunt zijn gebaseerd.

336 B. E. Reinhartz, Kan de erflater de ontbindende voorwaarde bij de testamentaire last ook weglaten?, Nieuw Erfrecht, 2004/1, p. 15-16, met verwijzing naar enerzijds F. W. J. M. Schols, Handboek Nieuw Erfrecht, 3<sup>e</sup> druk (thans 4<sup>e</sup> druk, § VII 3 2, p. 197), en anderzijds J. M. van Mourik, beantwoording rechtsvraag, WPNR 6560 (2004).

Aan het gegeven dat het wettelijke stelsel van uiterste wilsbeschikkingen een gesloten systeem vormt, is aandacht besteed in § 2.2.4. Hier zijn in het kader van de testamentaire last vooral de vermogensrechtelijke rechtsposities van de betrokkenen interessant. Ten eerste de rechtspositie van een lastbevoordeelde. De wet geeft hiervoor geen regeling. De lastbevoordeelde wordt als zodanig ook niet de in wet genoemd; wanneer de last strekt tot verzorging van straatkatten is van een bevoordeelde persoon helemaal geen sprake.<sup>337</sup> Voor de begunstiging van een bepaalde persoon is het leger een beter instrument. Als er wel een lastbevoordeelde is aan te wijzen, kan a contrario uit art. 4:117 BW worden afgeleid dat hem geen vorderingsrecht jegens de lastbezwaarde toekomt. De wet geeft hem ook geen andere mogelijkheden om de nakoming van de last te bewerkstelligen; alleen indien hij op andere gronden als erfgenaam zou profiteren van vervallenverklaring van de verkrijging onder de last door de lastbezwaarde, is hij onmiddellijk belanghebbende die een verzoek tot vervallenverklaring kan doen. Erg aantrekkelijk zal dit niet zijn, aangezien zijn belang bij nakoming van de last groter is dan zijn erfrechtelijke belang bij vervallenverklaring. Al met al is er bij gebreke van een actie tot nakoming van de last en in sommige gevallen ook bij gebreke van een rechtssubject geen sprake van een subjectief recht van de lastbevoordeelde tot nakoming van de last.

Ten tweede rijst de vraag of de bevoegdheid van de belanghebbende om vervallenverklaring te verzoeken aangemerkt kan worden als een zelfstandig subjectief vermogensrecht. Zou sprake zijn van een zelfstandig subjectief recht, dan zou dit in beginsel conform het algemene rechtsregime voor vermogensrechten overdraagbaar zijn, vatbaar voor beslag en onderdeel van een huwelijksgemeenschap en eventueel een faillissementsboedel. De bevoegdheid is echter verbonden aan de hoedanigheid van onmiddellijk belanghebbende; deze hoedanigheid bestaat slechts op de grond het erfgenaamschap in geval van vervallenverklaring van de last. De bevoegdheid houdt dus zodanig verband met het erfgenaamschap, dat de bevoegdheid daarmee een onderdeel van de inhoud vormt en niet los gezien kan worden. Deze bevoegdheid kan dus niet van het erfgenaamschap worden afgesplitst en als zelfstandig vermogensrecht worden behandeld.

---

337 De testamentaire last vertoont gelijkenis met de purpose trust en de charitable trust in het Engelse recht.

### 7.8.6 Conclusie: een proeve van classificatie van bevoegdheden

De analyse van bevoegdheden vanuit verschillende hoeken van het vermogensrecht in deze paragraaf heeft duidelijk gemaakt dat het uitgangspunt dat in de inleiding in § 7.8.1 is weergegeven klopt: afsplitsing van een bevoegdheid met betrekking tot een goed anders dan door de vestiging van een beperkt recht is naar Nederlands recht in beginsel alleen mogelijk indien de wet daarvoor ruimte biedt. Eigenlijk biedt alleen de figuur van de privatieve last een mogelijkheid om een bevoegdheid te ontnemen aan de rechthebbende, maar ook ten aanzien van deze bijzondere wettelijke figuur moet worden betwijfeld of het mogelijk is elke bevoegdheid met betrekking tot een goed te ontnemen door de bevoegdheid met privatieve werking toe te kennen aan de lasthebber. Waarschijnlijk kunnen de bevoegdheid tot beschikken over een goed en de bevoegdheid van de houder van een aandeel in een vennootschap om het daaraan verbonden stemrecht uit te oefenen niet door middel van een privatieve last aan de rechthebbende worden ontnomen.

Alles overziende moet men concluderen dat de rechthebbende tot een goed alleen naar zijn believen een of meer bevoegdheden uit zijn goed kan afsplitsen in de vorm van een beperkt recht of op een andere in de wet geregelde wijze, zoals de vorming van een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW ten aanzien van een goed en storting van gelden op een notariële kwaliteitsrekening. Alleen via verbintenisrechtelijke weg kunnen aan anderen dan de rechthebbende tot een goed aanspraken en bevoegdheden met betrekking tot dat goed worden verleend. Daar waar wordt getracht om aan een ander dan de rechthebbende een belang toe te kennen en in verband hiermee de bevoegdheden van de rechthebbende te beperken, grijpt het recht in: zowel de wat de uitoefening van bevoegdheden betreft beperkte eigendom als de wat de duur betreft beperkte eigendom worden in de wet nietig verklaard of van rechtswege geconverteerd in een wettelijk type beperkt recht. De afsplitsing van bevoegdheden met betrekking tot een goed past dus niet in het gesloten systeem van het goederenrecht.

Hier komt nog bij dat de bevoegdheden deel uitmaken van een pakket dat in de vorm van een volledig recht of in een van de vormen van een beperkt recht een eenheid vormt. De onafsplitsbaarheid betekent dat de eenheid behouden blijft. Tezamen vormen de bevoegdheden één subjectief vermogensrecht; de bevoegdheden zijn niet ieder afzonderlijk een subjectief recht, zoals door Meijers is beschreven:

"Evenmin [is sprake van een subjectief recht] wanneer de bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjectief recht optreedt. De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht, de bevoegdheid om beslag op goederen van zijn schuldenaar te leggen is onderdeel van een vorderingsrecht, geen daarvan te onderscheiden zelfstandig subjectief recht.

Slechts dan kan men een zodanige bevoegdheid als een subjectief recht aanmerken, wanneer zij een speciaal en zelfstandig karakter draagt, zodat zij noch aan een ieder toekomt, noch regelmatig aan een bepaalde rechtsbetrekking verbonden is. Deze eigenschappen der bevoegdheid treden vooral dan duidelijk naar voren, wanneer de bevoegdheid qua talis voor overdracht vatbaar, geëxecuteerd kan worden, enz."<sup>338</sup>

Meijers noemt vervolgens als voorbeelden van rechten die kennelijk volgens hem wel als subjectief recht aangemerkt zouden kunnen worden een bedongen optierecht, de bevoegdheid van een legitimaris tot inkorting van testamentaire beschikkingen, de als het jachtrecht bekend staande bevoegdheid om zich door occupatie eigenaar van zich op een terrein bevindend wild te maken, en een patronaatrecht.

Hiermee rijst ten aanzien van elk type vermogensrecht de vraag welke bevoegdheden deel uitmaken van de onsplitsbare kern. De vraag wanneer bevoegdheden tezamen een subjectief recht vormen is in § 7.3.4 al in abstracto aan de orde geweest; de vraag wat het wezen van een beperkt recht van een bepaald type is, in verband met het voldoende verbandveriste, in § 6.5. De analyse van de mogelijkheden tot afsplitsing van bevoegdheden, zoals ten dele besproken in deze paragraaf, maakt het mogelijk te concretiseren welke bevoegdheden behoren tot het dwingend-rechtelijke basispakket van een type beperkt recht.

De classificatie van de bevoegdheden met betrekking tot een goed is overigens niet eenvoudig. Voor de hand liggend is het onderscheid tussen bevoegdheden tot beheer en bevoegdheden tot beschikking. Zowel de actie- of revindicatiebevoegdheid als de inningsbevoegdheid ten aanzien van vorderingen kunnen worden aangemerkt als beheershandelingen, die niet strekken tot beschikking over het goed in goederenrechtelijke zin. Uit de toepassing van titel 3.7 BW over gemeenschap blijkt echter dat het onderscheid tussen beheer en beschikking niet altijd eenvoudig te maken is. Het criterium moet misschien gezocht worden in de vraag of een rechtshandeling al dan niet strekt tot handhaving en behoud van een specifiek subjectief recht in het vermogen van de rechthebbende. Uitoefening van de revindicatie- en actiebevoegdheden en van de bevoegdheid tot inning van vorderingen zijn dan aan te merken als beheershandelingen; alle vormen van overdracht en vestiging van beperkte rechten, waardoor anderen

---

338 Meijers, *Algemene begrippen*, p. 85. Zie nader § 7.3.4.

rechten verwerven ten aanzien van het goed, zijn dan beschikkingshandelingen.

Niet alle bevoegdheden die voortvloeien uit een goederenrechtelijk recht zijn aan te merken als ofwel beheersbevoegdheden ofwel beschikkingsbevoegdheden. De meeste bevoegdheden van een rechthebbende strekken tot genot en gebruik, maar ook binnen deze groep is weer nader onderscheid te maken. Het is mogelijk om een classificatie van bevoegdheden te maken, die verder gaat dan de klassieke trits *usus - fructus - abusus*.<sup>339</sup> De volgende soorten bevoegdheden kunnen worden onderscheiden: gebruiken; verbruiken, waaronder ook het innen van een geldsom; vruchttrekken, waaronder ook het innen van rente; vervreemden en afstand doen; bezwaren met zekerheidsrechten; bezwaren met genotsrechten; revindiceren of anderszins beschermen van de exclusiviteit van het recht; doelgebonden maken, waaronder wellicht ook het in trust geven; uitoefenen van stemrecht op aandelen; en verhaal nemen op de waarde van een goed, etcetera. Een dergelijke classificatie van typen bevoegdheden is wellicht behulpzaam bij de bepaling van het wezen van een volledig of een beperkt recht van een bepaald type. Deze exercitie is vooral van belang voor de wetgever: de classificatie van bevoegdheden vormt het fundament voor de beantwoording van de vraag welke uitgangspunten de wetgever in acht moet nemen wanneer hij overweegt nieuwe vormen van afsplitsing van bevoegdheden toe te laten, al dan niet in de vorm van nieuwe typen beperkte rechten. Tegelijkertijd wordt voor ieder type duidelijker welke bevoegdheden behoren tot het typerende dwingendrechtelijke basispakket, ten aanzien waarvan door de partijen bij de vestiging van een beperkt recht geen beperkingen van goederenrechtelijke aard kunnen worden gecreëerd.

Wellicht is het zinvol hierbij nog onderscheid te maken tussen enerzijds de bevoegdheden die behoren tot de inhoud van een vermogensrecht en anderzijds de bevoegdheden die verband houden met het daartoe gerechtigd zijn, soms aangeduid als het 'toebehoren'.<sup>340</sup> Met het toebehoren houdt dan bijvoorbeeld de beschikkingsbevoegdheid verband; het gaat om een bevoegdheid *tot* een goed. Met de inhoud van het vermogensrecht waarop dat toebehoren betrekking heeft, houdt bijvoorbeeld bij het recht van vruchtgebruik de gebruiksbevoegdheid verband; het gaat hier om een bevoegdheid *uit* een goed. Zo kunnen de bevoegdheden van elke goederenrechtelijk gerechtigde worden onderverdeeld in twee categorieën: de bevoegdheden die typisch zijn voor het specifieke volledige

339 Zie hierover ook § 3.7.1.

340 Zie over de term toebehoren uitvoerig § 2.5.1.6.



of beperkte recht en wellicht uniek in de zin dat andere vermogensrechten die bevoegdheden niet verschaffen, en de bevoegdheden die universeel zijn voor elke vorm van rechthebbende zijn van vermogensrechten. Dit onderscheid, dat overigens niet steeds scherp is te maken, kan meer dan *Begriffsjurisprudenz* zijn; het biedt een ijkpunt bij de uitwerking van de *Typenzwang* van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden, waarvoor diversiteit en pluriformiteit essentieel zijn.

## **7.9 Onsplitsbaarheid: de conclusies**

De beschouwingen over de mogelijkheden tot splitsing van vermogensrechten hebben inzicht verschaft in enerzijds het drievoudige wettelijke regime voor bevoegdheden met betrekking tot een goed en anderzijds de beleidsmatige achtergronden van het uitgangspunt dat vermogensrechten niet kunnen worden gesplitst op andere dan wettelijke wijzen.

### *7.9.1 Een numerus clausus van goederenrechtelijke bevoegdheden*

#### **7.9.1.1 Synthese**

Het centrale thema in dit hoofdstuk was de wijze waarop in het vermogensrecht gestalte is gegeven aan de ordening van de mogelijkheden tot verdeling van rechten en bevoegdheden met betrekking tot een goed over verschillende personen. Onsplitsbaarheid van het pakket bevoegdheden dat voortvloeit uit een vermogensrecht blijkt het uitgangspunt te zijn van het systeem van het goederenrecht. Afsplitsing van bevoegdheden kan alleen voor zover daarvoor de vorm wordt gekozen van één van de tot de numerus clausus behorende typen beperkte rechten. Dit bleek al in het vorige hoofdstuk, dat uitmondde in een analyse van de ruimte die binnen de numerus clausus van beperkte rechten voor de partijautonomie bestaat om de wettelijke typen naar eigen believen aan te passen. In dit hoofdstuk stonden andere vormen van splitsing centraal, maar teruglezende kan men constateren dat het wettelijk systeem de veel voorkomende varianten van afsplitsing en verzelfstandiging van bevoegdheden met betrekking tot een goed in allerlei opzichten dwingt in het stramien van de vestiging van een beperkt recht. Deze constatering betreft met name de fiduciaire eigendom tot zekerheid en de levering onder een tijdsbepaling.

Belangrijker is de constatering dat in het systeem van de wet naast de numerus clausus van beperkte rechten een stelsel van bevoegdheden met betrekking tot een goed van een ander bestaat. Deze constatering betreft met name de fiduciaire eigendom tot beheer, die voor een aantal bijzonde-

re gevallen in de wet gestalte heeft gekregen in de vorm van het bewind, en de notariële kwaliteitsrekening. Het gaat om in de wet geregelde en afgebakende bevoegdheden die niet zijn afgesplitst, maar van rechtswege zijn toegekend aan degene die is belast met het beheer van het goed van een ander. Gesproken kan worden van vertegenwoordiging, maar dan in heel ruime zin: de beheerder is een wettelijk vertegenwoordiger met bijzondere in de wet geregelde bevoegdheden ten aanzien van één of meer goederen van een ander. Hierbij kan zeker ook worden gedacht aan de curator in een faillissement, aan wie van rechtswege verstrekkende bevoegdheden ten aanzien van goederen van een ander zijn toegekend.<sup>341</sup> Deze bevoegdheden zijn sterker dan een verbintenissenrechtelijke aanspraak jegens de rechthebbende tot het goed, de wet voorziet steeds in meer of mindere mate van tegenwerpelijke van de bevoegdheden aan derden en aan de rechthebbende zelf. De bevoegdheden kunnen daarom in dienovereenkomstige mate worden aangemerkt als goederenrechtelijk.

In het in dit hoofdstuk geschetste scala aan voorbeelden van bevoegdheden ten aanzien van andermans goed is een eenvormig regime te onderkennen. Daar waar in de doctrine en in de rechtspraak wordt gerept van beheerseigendom en van afgescheiden vermogen gaat het steeds om situaties waarin behoefte bestaat aan een onafhankelijke partij met een aantal exclusieve bevoegdheden ten aanzien van het goed van een ander. Voor sommige situaties is in de wet in een uitdrukkelijke regeling voorzien, zoals in dit hoofdstuk is gebleken: de duidelijkste voorbeelden zijn de kwaliteitsrekening en de bijzondere gevallen waarin onderbewindstelling mogelijk is gemaakt. Kenmerkend is dat degene aan wie in de wet geregelde beheersbevoegdheden met betrekking tot een goed zijn toegekend, in het wettelijk systeem *niet* wordt aangemerkt als rechthebbende tot dat goed. Dit regime - dat goed kan worden aangeduid als het regime van Meijers - is ook te onderkennen in andere voorbeelden. De regeling in de Wet giraal effectenverkeer van de verzamel- en girodepots voor effecten past uitstekend in dit plaatje.

In het regime van Meijers voorziet de wet niet alleen in een regeling van de bevoegdheden van de 'vertegenwoordiger', maar ook in de corresponderende beperking van de bevoegdheden van de rechthebbende zelf. Dergelijke beperkingen van de bevoegdheden van de onderbewindgestel-

---

341 De status van de faillissementscurator en zijn bevoegdheden blijven in deze studie buiten beschouwing, volstaan wordt met verwijzing naar de conclusie met nadere verwijzingen van A-G Timmerman, § 4.5, voor het naar mijn mening zowel wat motivering als wat resultaat betreft discutabele arrest HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 282 m nt. PVS (De Rijk q q / Van Roy), ten aanzien van verjaring van een vordering van de curator tot volstorting van aandelen op grond van art. 2:193 BW.

de zijn terug te vinden in de bijzondere regelingen voor de bijzondere bewindsgevalLEN, maar ook in art. 25 Wna voor de bevoegdheden van de gezamenlijke rechthebbenden tot het tegoed op een notariële kwaliteitsrekening. Deze elementen van de regeling in art. 25 Wna ter beperking van de bevoegdheden van de gezamenlijke gerechtigden tot een gemeenschap, evenals de regeling in de Wge, zijn te beschouwen als bijzondere regelingen die in meer of mindere mate afwijken van de algemene regeling voor vermogensrechten en voor wat gemeenschappelijke goederen betreft van de regeling in titel 3.7 BW. In dit systeem voorziet de wet steeds in regelingen voor bijzondere gevallen waarin wordt afgeweken van het algemene regime van het vermogensrecht en de aanspraken en de bevoegdheden die daaruit normaliter voortvloeien voor de rechthebbende van een goed en voor zijn schuldeisers en rechtsopvolgers.

Het gaat hierbij niet zozeer om afsplitsing van bevoegdheden die overgaan op de beheerder, maar om toekenning van rechtswege van bevoegdheden aan de beheerder en gelijktijdig beperking van rechtswege van een of meer bevoegdheden van de rechthebbende.<sup>342</sup> Conceptueel is dan wellicht geen sprake van *af*splitsing van bevoegdheden, maar in ieder geval wel van een herverdeling van bevoegdheden krachtens de wet, die ook deel uitmaakt van de problematiek van splitsing in het kader van de numerus clausus.

### 7.9.1.2 Een rechtsfiguur van eigen aard

Aan het begin van dit hoofdstuk is een analyse gemaakt van het begrip subjectief recht, in het bijzonder het vermogensrecht, dat het vermogensrechtelijke species is van het genus subjectief recht. Deze analyse wordt van belang wanneer men de vraag gaat beantwoorden wat dan de status is van degene aan wie in een bijzondere wettelijke regeling bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander zijn toegekend. De vraag is vooral of de bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander een subjectief recht vormen.

Al verschillende keren is vermeld dat in het systeem van het vermogensrecht aan de kwalificatie als subjectief vermogensrecht consequenties zijn verbonden. Een vermogensrecht is in het wettelijk stelsel in beginsel

---

342 Vgl. de tekst van de bij de Nota van wijziging (1976-1977, 3770, stuk no. 11) in het ontwerp opgenomen, maar later niet ingevoerde bepaling inzake bewind, art. 3.6.1.4b, PG 3, p. 505: 'Een bewind beperkt de bevoegdheid van de rechthebbende om over de onder bewind staande goederen te beschikken en de bevoegdheid van zijn schuldeisers om deze goederen uit te winnen slechts voor zover dit uit de wettelijke regels betreffende dit bewind voortvloeit.'

vatbaar voor overdracht, beslag, vererving en dergelijke. Dit betekent in concreto dat een schuldeiser van de beheerder van een kwaliteitsrekening of een schuldeiser van een fiduciair eigenaar beslag kan leggen op het goed dat ten behoeve van een ander wordt gehouden. Kiest men de benadering waarin de houder van een kwaliteitsrekening rechthebbende tot het tegoe is, dan ziet men zich gedwongen om de daaruit voortvloeiende vatbaarheid voor beslag tegen te gaan door vermogensafschieding aan te nemen.

De beschouwingen over het eigendomsbegrip in § 3.7 maken duidelijk dat nog meer consequenties zijn verbonden aan de kwalificatie als vermogensrecht. Geconstateerd is dat sommige eigenschappen van het eigendomsbegrip, zoals de absoluutheid, de abstractheid en de uniformiteit, niet alleen het eigendomsrecht kenmerken maar alle volledige en beperkte goederenrechtelijke rechten. De combinatie van abstractheid en uniformiteit betekent dat een vermogensrecht, of goed, per definitie niet doelgebonden kan zijn. De rechthebbende is in beginsel vrij om te doen en laten wat hij wil, behoudens de excessen waartegen art. 3:13 BW in stelling kan worden gebracht. Essentieel voor de fiduciaire vormen van eigendom is echter dat de eigenaar zijn bevoegdheden wel voor een bepaald doel, namelijk ten behoeve en ten nutte van de belanghebbende, *moet* uitoefenen. Anders dan in het Engelse recht zijn in de continentale rechtstraditie immers geen *fiduciary duties* tot ontwikkeling gekomen; deze zijn moeilijk verenigbaar met het verabsoluteerde eigendomsbegrip dat via de Franse revolutie en de pandektistiek in de continentale rechtstraditie geworteld is geraakt.

Een en ander leidt tot de conclusie dat het - in de woorden van Meijers - "niet doelmatig" is om de 'zwevende bevoegdheden' met betrekking tot een goed van een ander, zoals die van een bewindvoerder of een kwaliteitsrekeninghouder, aan te merken als subjectief vermogensrecht. Het rechtsregime dat normaliter aan deze kwalificatie is verbonden, is dan niet van toepassing. Dergelijke bevoegdheden die niet een subjectief vermogensrecht vormen, zijn dan dus in beginsel niet vatbaar voor overdracht, beslag, vererving en dergelijke. Voor het geval van overlijden van de 'bewindvoerder' moet dan worden voorzien in de bijzondere wettelijke regeling die de bevoegdheid in het leven roept; geconstateerd is bijvoorbeeld in het kader van de kwaliteitsrekening dat in de Wna een regeling is getroffen voor de ambtsuitoefening na overlijden van de notaris.

Verder ontstaat ruimte voor doelgebondenheid: de essentie van de beheersbevoegdheden van bijvoorbeeld een bewindvoerder of een notaris is vooral gelegen in de verplichtingen die de beheersbevoegdheden op de beheerder legt dan in enig 'recht'. De fiduciaire aard van de beheersbe-

voegdheden bepaalt mede hun karakter<sup>343</sup> Door de bijzondere wettelijke bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander *niet* aan te merken als vermogensrecht, wordt bewerkstelligd dat het doelgebonden karakter van dergelijke bevoegdheden beter kan worden ingepast in het wettelijk systeem, het eigendomsbegrip blijft intact

Overigens zijn in de wet nauwelijks algemene bepalingen te vinden die van toepassing zijn op de wettelijke bevoegdheden die geen subjectief vermogensrecht vormen Alleen de algemene bepaling inzake misbruik in art 3 13 BW is door de wetgever in termen van bevoegdheden in plaats van rechten geformuleerd, zodat ook misbruik van bevoegdheid door een bewindvoerder of een voogd eronder valt<sup>344</sup> Andere algemene bepalingen zijn waarschijnlijk niet nodig, aangezien de verschillende bijzondere wettelijke regelingen zelf steeds voorzien in alle benodigde regels in de passende gradaties Vermoedelijk zou het ook lastig zijn om een algemene regeling van de goederenrechtelijke bevoegdheden te formuleren, zoals de wetgever ook heeft afgezien van een algemene regeling voor alle goederenrechtelijke rechten Voor zover nodig vormen de regeling van het bewind ter bescherming van meerderjarigen in titel 1 19 BW en de regeling van het testamentair bewind in afd 4 5 7 BW basisregelingen, die wellicht een bredere reikwijdte zouden kunnen krijgen door nadere uitwerking in titel 3 6 BW De constatering dat wat dergelijke bevoegdheden betreft verwantschap bestaat tussen de wettelijke regelingen voor onderbewindstelling, de kwaliteitsrekening, het giraal effectenverkeer en ook de surseance van betaling en het faillissement, baant de weg voor analogische toepassing van deze regelingen onderling waar nodig

### 7 9 1 3 De alternatieve benadering van het afgescheiden vermogen

Het is uiteraard mogelijk om een heel andere benadering te kiezen, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de trust is voorgesteld door Aertsen en ten aanzien van onder meer de kwaliteitsrekening door Steneker In hun benadering wordt de beheerder wel rechthebbende van het goed dat zij moeten beheren in het belang van een ander Zij verheffen de bevoegdheden met betrekking tot het goed tot een subjectief recht Vervolgens moeten zij echter regelingen treffen voor de consequenties van deze kwalificatie Vooral de vatbaarheid voor verhaal trachten zij te neutraliseren door

---

343 Vgl de *powers of appointment, of maintenance en of advancement* in het Engelse trustrecht Zie nader S Gardner, *An introduction to the law of trusts*, 1990, p 138-143, en de verwijzingen in § 4 5 5, zie ook de laatste voetnoot bij § 4 5 3

344 Aldus MvT Inv bij art 3 13 (d d 9 juli 1982), PG Inv 3, p 1048, zie ook de nuances in TM bij art 3 13 (1954), PG Inv 3, p 1038

het bestaan van een afgescheiden vermogen aan te nemen. Aangezien het goed als vermogensrecht ook vatbaar is voor overdracht en vererving, moeten echter ook voor deze gevolgen bijzondere regelingen worden getroffen. Verder komt de belanghebbende er zonder bijzondere regeling bekaaid vanaf, aangezien hij in beginsel alleen in verbintenisrechtelijk opzicht aanspraak op het goed kan maken. Ten slotte zou ook de doelgebondenheid van het vermogensrecht van de beheerder zou nader vorm gegeven moeten worden, ten koste van het eigendomsbegrip in het geldende recht.

Waar in de benadering van Meijers de bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander voortvloeien uit een wettelijke regeling, vormt de kwalificatie als vermogensrecht de basis voor de bevoegdheden in de alternatieve benadering, zij het dat evenzeer bijzondere wettelijke regelingen nodig zijn om de rechtsgevolgen van de toekenning van het vermogensrecht aan de beheerder te beperken en te moduleren. Een dergelijke alternatieve benadering wijkt uiteindelijk wat het praktische resultaat betreft niet heel veel af van de benadering van Meijers, mits de wettelijke regeling ter onderdrukking van de rechtsgevolgen van toekenning van een subjectief vermogensrecht deugdelijk en compleet is. De alternatieve benadering van afgescheiden vermogen kan dus ook, maar het is niet de benadering die thans in de wet is neergelegd.<sup>345</sup> Alleen al om deze reden is de alternatieve benadering niet doelmatig. De alternatieve benadering negeert bovendien het systeem dat aan de wet ten grondslag ligt, namelijk het door Meijers vorm gegeven systeem waarin niet twee maar drie soorten bevoegdheden met betrekking tot een goed bestaan.

#### 7.9.1.4 Een drieslag van bevoegdheden

Dit hoofdstuk heeft duidelijk gemaakt dat in het systeem van de wet drie soorten bevoegdheden met betrekking tot een goed bestaan: ten eerste obligatoire rechten met betrekking tot een goed, ten tweede goederenrechtelijke rechten met betrekking tot een goed en ten derde bijzondere wettelijke bevoegdheden met betrekking tot een goed. Het gaat bij deze derde categorie *niet* om subjectieve rechten, maar om bijzondere wettelijke bevoegdheden met betrekking tot een goed. Dit is een onderbelichte categorie.<sup>346</sup> Thans wordt in de doctrine teveel een tweedeling gemaakt

345 Vgl. C.C. van Dam, in Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 480.

346 Vanaf de eerste bewerking door Beekhuis van het deel Algemeen goederenrecht in de Asser-serie worden 'beheersrechten' vermeld: zelfstandige beheersbevoegdheden met betrekking tot een boedel of bepaalde goederen, die door de beheerder als zelfstandig recht tegenover iedereen staande gehouden kunnen worden. Zie de 9<sup>e</sup>

tussen obligatoire rechten en goederenrechtelijke rechten. De tussencategorie, de bevoegdheden met betrekking tot een goed die niet vormen een subjectief recht, is uit beeld geraakt.

De vergeten tussencategorie kan het beste worden geduid als wettelijke bevoegdheden met betrekking tot een goed. De term 'recht' kan hiervoor niet worden gebruikt, omdat van een subjectief recht juist geen sprake is.<sup>347</sup> Wellicht past de term 'goederenrechtelijke bevoegdheden', maar dan moet duidelijk zijn dat onderscheid bestaat met de goederenrechtelijke rechten die wel vermogensrechten zijn. Het gaat om bijzondere, doelgebonden bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander, die hun grondslag vinden in een bijzondere wettelijke regeling.<sup>348</sup> Gezien hun aard zijn deze bevoegdheden geheel afhankelijk van een precieze regeling in de wet; voor de partijautonomie is bij de invulling van deze bevoegdheden geen plaats, behoudens daar waar de bijzondere wettelijke regeling ruimte biedt voor een partijregeling. Zo bezien vormen deze bevoegdheden, evenals de volledige en de beperkte goederenrechtelijke rechten, een numerus clausus met Typenzwang en Typenfixierung.

#### 7.9 1.5 Een richtsnoer voor de wetgever

Het aan de wet ten grondslag liggende systeem van Meijers, met de drieslag van soorten bevoegdheden met betrekking tot een goed, behoort ook voor de wetgever een richtsnoer te zijn.<sup>349</sup> Een wettelijke regeling van gevallen waarin aan een ander dan de rechthebbende beheerstaken moeten

---

druk 1957, p. 23, 3-I, 12° druk 1985, nr. 57, 14° druk 2001, nr. 43. Genoemd worden de bewindvoerder, de executeur-testamentair, de bestuursbevoegde echtgenoot en de beherend vennoot van een vennootschap onder firma. Deze beheerders worden daarbij aangemerkt als vertegenwoordigers, vermeld wordt dat de kenmerken van een volledig zakelijk recht ontbreken. Elders in de 14° druk wordt aan deze categorie bevoegdheden verder geen aandacht geschonken.

347 De in de Asser-serie, t a p, gebruikte term 'beheersrechten' is treffend omdat het steeds gaat om beheerstaken, maar ongelukkig omdat het gevaar bestaat dat wordt aangenomen dat de beheerder een subjectief recht heeft. De moeilijk definieerbare term 'wilsrechten' kan ook niet worden gebruikt, want ook wilsrechten worden meestal aangemerkt als een vermogensrecht.

348 Het moet gaan om een wet in formele zin. Zie o a. MvT Inv. bij art. 5.1 (d d 2 september 1982), PG Inv. 5, p. 1004. "Intussen dient er wel op te worden gewezen, dat ook in het huidige recht de toekenning bij verordening van bevoegdheden tot gebruik van de zaak aan een ander dan de eigenaar, zeker als deze daardoor meer dan te verwaarlozen schade lijdt, in beginsel ongeoorloofd is ( ). Verder dient te worden bedacht dat een zodanige afsplitsing van eigenaarsbevoegdheden gemakkelijk op het terrein komt van het burgerlijk recht zelf, dat krachtens artikel 164 van de Grondwet (het codificatie-artikel) aan de lagere wetgever is onttrokken."

349 Zie over de betekenis van de numerus clausus voor de wetgever nader § 9.5.3.2

toekomen, die tegenwerpelijk zijn aan derden en in meer of mindere mate ook privaatief en exclusief zijn ten opzichte van de rechthebbende zelf, moet in beginsel worden gekozen voor het regime van een in de wet geregelde bevoegdheid ten aanzien van het goed van een ander.

In dit hoofdstuk zijn twee regelingen aan de orde geweest, waarmee de wetgever een miskleun lijkt te hebben gemaakt. Erg ambigu is ten eerste de wettelijke regeling van het beleggingsfonds, thans in art. 16a Wet toezicht beleggingsinstellingen, in de toekomst art. 4:45 Wet op het financieel toezicht. Deze regeling getuigt niet van een duidelijke keuze tussen het regime van een vorm van bewind en het - buitenwettelijke - regime van een afgescheiden vermogen. Vanuit wetssystematisch gezichtspunt en omwille van de doelmatigheid had het de voorkeur verdiend om bij omzetting van de Wtb naar de Wft te opteren voor een regeling in de lijn van de notariële kwaliteitsrekening en de depots voor giraal effectenverkeer.

De tweede discutabele regeling is die van de privaatieve last in art. 7:423 BW. Indien en voor zover de last met privaatieve werking ook beschikingshandelingen kan omvatten, hetgeen als tenminste twijfelachtig is aangemerkt, moet de regeling worden aangemerkt als een uitglijder van de wetgever.<sup>350</sup> De privaatieve last is in een heel laat stadium ingevoerd met het oog op het beheer van auteursrechten; met de regeling werd het gat gevuld dat door opschorting van titel 3.6 over het bewind was geslagen. De privaatieve last is in de kern een verbintenisrechtelijk recht met betrekking tot het goed van een ander, zij het dat de privaatieve werking de bevoegdheid van de rechthebbende beperkt, ook ten opzichte van derden. Gezien het systeem van de wet had een bijzondere regeling van onderbewindstelling meer voor de hand gelegen.<sup>351</sup>

---

350 W C L van der Grinten, Lastgeving, Mon. Nieuw BW B-81, 1993, § 13 op p. 13 "De bepaling in artikel 423 is m i een typisch voorbeeld van gelegenheidswetgeving, die slecht past in het systeem van ons burgerlijk recht " Anders W Snijders, Trustverdrag en Nederlands materieel recht, in Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemade-bundel), 1993, p 236

351 In MvA II bij art 7 423 (d d. 28 oktober 1991), TK 17 779, nr 8, p 8, en de Nota naar aanleiding van het eindverslag bij art 7 423 (d.d 21 juli 1992), TK 17 779, nr 13, p 2, is uitdrukkelijk vermeld dat de figuur van het bewind had kunnen voorzien in de behoeften, maar dat het besluit tot niet-invoering van de algemene bewindsregeling in titel 3 6 heeft genoodzaakt tot de bijzondere figuur van de privaatieve last Deze redengeving is uiteraard niet concludent, in art 7 423 BW of elders had een bijzondere bewindsregeling kunnen worden opgenomen



## *7.9.2 Beleidsmatige kader van onsplitsbaarheid*

Overall in dit hoofdstuk is getracht om nader inzicht te verkrijgen in de beleidsmatige en de rechtspolitieke achtergronden van het uitgangspunt van het goederenrechtelijk systeem dat vermogensrechten alleen op de in de wet geregelde wijzen kunnen worden gesplitst. De numerus clausus van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden kanaliseert de splitsingsmogelijkheden om te komen tot een doelmatige, billijke en maatschappelijk verantwoorde verdeling van bevoegdheden met betrekking tot een goed. De onsplitsbaarheid kent twee beleidsmatige dimensies: het voorkomen van overbedeling en het bevorderen van de verhandelbaarheid van goederen.

### *7.9.2.1 De overbedelingsdimensie*

Een steeds terugkerend thema in dit hoofdstuk over splitsing is de overbedeling van bevoegdheden, of eigenlijk de onderbedeling van bevoegdheden voor de belanghebbende bij een goed. Zowel de fiduciaire eigendom tot zekerheid als de fiduciaire eigendom tot beheer geven de eigenaar meer bevoegdheden dan hij nodig heeft en de belanghebbende minder. Het meest problematische aspect van de toekenning van het subjectieve recht aan de fiduciarius is zonder twijfel de kwetsbare positie van de belanghebbende ten opzichte van schuldeisers van de fiduciarius en zijn rechtsverkrijgers. Ter bescherming van de belanghebbende heeft de wetgever ervoor gekozen het subjectieve recht te laten bij de belanghebbende en slechts bijzondere bevoegdheden toe te kennen aan de fiduciarius. Voor de fiducia cum creditore nemen die bevoegdheden de vorm van een beperkt zekerheidsrecht; voor de fiducia cum amico de vorm van één van de varianten van bewind, waaronder ook de in de wet geregelde notariële kwaliteitsrekening is te verstaan. Bescherming van de belanghebbende is één van de gronden voor de wettelijke belemmeringen, in het bijzonder het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW, voor splitsing van een vermogensrecht anders dan door vestiging van een beperkt recht of gebruikmaking van één van de bijzondere wettelijke regimes die bevoegdheden met betrekking tot andermans goed scheppen.

Bescherming van de belanghebbende door onderbedeling tegen te gaan verklaart ook de wettelijke beperking in art. 3:85 BW en art. 4:136

BW van een levering respectievelijk making onder tijdsbepaling.<sup>352</sup> Zonder bevoegdheden in enigerlei vorm met betrekking tot het onder tijdsbepaling geleverde goed zou de 'verwachter' betrekkelijk machteloos zijn. Door hem een subjectief recht toe te kennen in de vorm van een bloot-eigendomsrecht creëert de wet een goederenrechtelijke verhouding tussen rechthebbende en verwachter. Zo worden de betrokkenen met betrekking tot een goed gedwongen om met elkaar rekening te houden. Ditzelfde doel wordt ook gediend met het fiduciaverbod. Volledige splitsing van recht en belang zou de belanghebbende in de verhouding tot de rechthebbende onvoldoende mogelijkheden bieden om op grond van een subjectief recht voor zijn belang op te komen.

### 7.9.2.2 De verhandelbaarheidsdimensie

Zoals ook al is gebleken in hoofdstuk 5 over de ratio van de numerus clausus ligt aan de onsplitsbaarheid van vermogensrechten tevens het maatschappelijk belang van maximering van de verhandelbaarheid van goederen ten grondslag. Splitsing van bevoegdheden met betrekking tot een goed kan ten koste gaan van de waarde van dat goed. Vooral de volledige splitsing van recht en belang zou een onnodige belemmering opleveren voor de verhandelbaarheid van goederen.

De onsplitsbaarheid als waarborg voor de verhandelbaarheid van goederen is in dit hoofdstuk niet heel prominent naar voren gekomen. Vooral in het kader van de levering onder tijdsbepaling is duidelijk geworden dat dit maatschappelijk belang wordt gediend met de wettelijke conversie van tijdelijke eigendom in een recht van vruchtgebruik. Door aan de verwachter een subjectief recht in de vorm van bloot-eigendom toe te kennen, krijgt hij een recht dat vatbaar is voor overdracht en bezwaring met een zekerheidsrecht. Het ligt voor de hand ook ten aanzien van de voorwaardelijke levering een dogmatische constructie na te streven die het voor de koper onder eigendomsvoorbehoud mogelijk maakt zijn verwachting uit te nutten door overdracht of verpanding.

De verhandelbaarheid van goederen wordt ook op andere wijzen gediend met het uitgangspunt van onsplitsbaarheid van vermogensrechten. De privatieve last tot beschikken ontnemt de rechthebbende van een goed een bevoegdheid die voor de waarde van het goed meestal van groot gewicht is. Meer in het algemeen zou de willekeurige afsplitsing en

---

352 Vgl. ook art. 4:138 lid 2 BW, dat het regime van het recht van vruchtgebruik van toepassing verklaart op de rechtspositie van de rechthebbende bij een erfstelling onder voorwaarde

verzelfstandiging van bevoegdheden kunnen leiden tot versplintering van rechten die moeilijk ongedaan is te maken.<sup>353</sup> Problematisch zijn vooral de vormen van splitsing waarbij de rechthebbende tot een goed niet langer de afgesplitste bevoegdheid kan uitoefenen. Privatieve werking is inherent aan afsplitsing en dient daarom hoogstens mondigesmaat door de wetgever te worden toegelaten en slechts indien geen alternatief instrument voor handen is.

### *7.9.3 Adhesiebetuiging*

Het aan de wet ten grondslag liggende systeem van Meijers, met de drieslag van soorten bevoegdheden met betrekking tot een goed, biedt in zijn totaliteit gezien een helder, consistent, doelmatig, flexibel en verantwoord systeem voor wetgeving in het goederenrecht. De goederenrechtelijke verhoudingen tussen partijen in het rechtsverkeer worden in de benaderingswijze van Meijers geordend op een wijze die aan alle betrokkenen waar nodig adequate instrumenten geeft om voor hun belang op te komen en om hun belang te gelde te maken. Bescherming van belanghebbenden door hen te voorzien van een goederenrechtelijk kader en bevordering van de verhandelbaarheid van hun belang vormen de fundamenteen voor het hele systeem van Meijers en dus ook voor de uitwerking ervan in de wet.

Het model van Meijers voor wetgeving in het goederenrecht is flexibel en doelmatig. In het drieledige schema voor bevoegdheden met betrekking tot een goed bestaat de ruimte om rekening te houden met overgangsfactoren, door Meijers 'onvolkomen gevallen' genoemd. Voor deze categorie gelden geen algemene regels en voorziet de wet steeds in enerzijds de toekenning van een bijzonder pakket op het gevalstype toegespitste bevoegdheden met betrekking tot het goed van een ander en anderzijds de beperking van enige specifieke bevoegdheden van de rechthebbende zelf. Het feit dat het hierbij niet om subjectieve vermogensrechten gaat, voorkomt dat moeizame wettelijke regelingen moeten worden opgetuigd om de toepasselijkheid van het regime voor vermogensrechten te onderdrukken.

Naar mijn mening is het systeem van Meijers in zijn totaliteit gezien zo deugdelijk en overtuigend dat ervoor gekozen zou moeten worden als het niet al aan de wet ten grondslag had gelegen. Ik onderschrijf derhalve

---

353 De tegenwerpelijheid aan derden van goederenrechtelijke vormen van splitsing zou ook de rechtszekerheid in het maatschappelijk verkeer kunnen aantasten naarmate de afsplitsing van een bevoegdheid moeilijker kenbaar is voor derden

vrijwel alle ideeën die Meijers vooral in zijn Algemene Begrippen heeft verwoord. De kritiek die in de doctrine op sommige uitwerkingen in het BW wordt gegeven, berust ten dele op gebrek aan inzicht in zowel het wetssystematisch kader als de beleidsmatige achtergronden daarvan. Voor een ander deel, met name wat de fiduciaire eigendom tot zekerheid betreft, berust de kritiek op de wens om in financieringstransacties, vooral internationaal, volledige vrijheid te hebben om de rechtsverhouding naar eigen believen in te richten. De kritiek betreft dan uiteindelijk de ruimte voor de partijautonomie in het wettelijk systeem. Dan staat echter niet meer het systeem van Meijers ter discussie, maar het primaat van de wetgever, dat in het slothoofdstuk nog veel aandacht krijgt.

Dit hoofdstuk kan worden afgesloten met de algemene conclusie dat de mogelijkheden voor partijen om over te gaan tot een vorm van splitsing van recht en belang door de wetgever zijn beperkt door middel van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden.

# IMPLICATIES EN CONSEQUENTIES VAN DE NUMERUS CLAUSUS

## 8.1 Inleiding

### 8.1.1 Drie nadere vragen

Implicaties en consequenties: in het verlengde van de numerus clausus liggen drie vragen die nadere aandacht behoeven. In de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden dat de numerus clausus in essentie een beperking is van de vrijheid om zelf goederenrechtelijke rechten vorm te geven en om zelf bevoegdheden met betrekking tot een goed op andere wijzen te verzelfstandigen. Deze beperking van de partijautonomie, die gezien de aard en de omvang kenmerkend is voor het goederenrecht ten opzichte van het overeenkomstenrecht, kan worden gezien als het fundament van het systeem van het goederenrecht. Als de beperking van de partijautonomie inderdaad een algemeen kenmerk is van het goederenrecht doet de numerus clausus nog drie nadere vragen rijzen:

*Laat het goederenrechtelijk systeem toe dat gebruik wordt gemaakt van alternatieve goederenrechtelijke constructies voor een wettelijk type goederenrechtelijk recht?*

*Laat het goederenrechtelijk systeem toe dat gebruik wordt gemaakt van verbintenissenrechtelijke constructies ter vervanging van goederenrechtelijke rechten?*

*Laat het goederenrechtelijk systeem toe dat een wettelijk type goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer een nieuwe functie gaat vervullen?*

Deze drie vragen stellen is geenszins hen ook beantwoorden: in dit hoofdstuk zal blijken dat slechts indicaties voor antwoorden bestaan en ook dat de antwoorden afhankelijk zijn van de betekenis die men wenst toe te kennen aan de numerus clausus in het algemeen en aan bepalingen van dwingend goederenrecht in het bijzonder.

### 8.1.2 Inspiratie: Heck

In drie paragrafen volgt een schets van een groot aantal gevallen van praktische uitwisselbaarheid van rechtstypen en rechtsfiguren, gerubriceerd naar soorten en varianten, en uitgewerkt naar Nederlands recht. Inspiratie is opgedaan bij de al vaak geciteerde Philipp Heck, die in zijn *Grundriß des Sachenrechts* uit 1930, onbewerkt herdrukt in 1970 en 1994, als eerste en eigenlijk ook enige de numerus clausus in het Duitse vermogensrecht volledig heeft uitgebeend. In een inleidende paragraaf over begripsverscheidenheid introduceert hij een functionele benadering op basis van de splitsingsgedachte, die staat voor het gegeven dat een goed in het maatschappelijk verkeer ten nutte van verschillende personen tegelijk kan strekken.<sup>1</sup> Splitsing vormde het Leitmotiv van de hoofdstukken 6 en 7.

Heck constateert de rechtshistorische ontwikkeling van de splitsingsgedachte naar het onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten en tekent vervolgens aan dat het vanuit maatschappelijk perspectief onverschillig is welke juridische vormen zijn gegeven aan de verdeling van belangen bij een goed over verschillende personen; de splitsing van eigendom door vestiging van een genotsrecht komt wat hen betreft neer op een vorm van eigendom, zodat gesproken kan worden van *Qualitätsgleichheit*. In het verlengde van deze constatering besteedde hij aandacht aan het verschijnsel dat hij 'die Lebensäquivalenz oder die Vertretbarkeit der Rechtstypen' noemde. Hierbij noemt hij ten eerste het klassieke voorbeeld van de praktische inwisselbaarheid van pandrecht en zekerheidseigendom:

"Die tagliche Erfahrung zeigt, daß für dieselben Bedürfnisse des Lebens verschiedene Rechtstypen wahlweise verwertbar sind. Der eine kann an die Stelle der andern treten. Das klassische Beispiel der Gegenwart ist die Verdrängung des Pfandrechts bei beweglichen Sachen durch die Eigentumssicherung (Eigentumsvorbehalt und Eigentumsübertragung). Aber dieses Beispiel steht nicht allein. In weitem Umfang können durch konkrete Beschränkungen des Eigentums die Interessenwirkungen dinglicher Rechtstypen hervorgerufen werden."<sup>2</sup>

Vervolgens vermeldt hij de mogelijkheid om een splitsing van bevoegdheden met betrekking tot een zaak vorm te geven door middel van mede-eigendom met ongelijksoortige aandelen, en de mogelijkheid om door middel van een levering onder voorwaarde of tijdsbepaling een verdeling van bevoegdheden te bewerkstelligen. Zo vormt een eigendomsvoorbe-

1 § 21 ('Begriffsverscheidenheit und Interessenteilung')

2 § 21 4 sub a

houd een alternatieve vorm voor een pandrecht en eigendomsoverdracht onder tijdsbepaling een alternatief voor vruchtgebruik.

Verder geeft Heck een opsomming van de mogelijkheden die de algemene regels van het vermogensrecht bieden om de typencatalogus van goederenrechtelijke rechten verder te verfijnen en niet in de wet geregelde typen goederenrechtelijke rechten te reproduceren.<sup>3</sup> Naast obligatoire constructies en naast de al genoemde constructies op basis van mede-eigendom en voorwaardelijk gevestigde rechten, noemt hij nog de onherroepelijke machtiging tot beschikken, de stapeling van rechten en de ontduiking van beperkingen op de overdraagbaarheid van goederen en de vatbaarheid voor vererving door gebruikmaking van een rechtspersoon als rechtssubject.

Veel van de door Heck gesignaleerde thema's zullen terugkomen in dit hoofdstuk over de inwisselbaarheid van goederenrechtelijke rechtsfiguren onderling en de inwisselbaarheid met obligatoire constructies. Vervolgens wordt in § 8.4 met een voorbeeld geïllustreerd hoe de functie van een bepaald type goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer kan wijzigen, doordat het gebruikt gaat worden in nieuwe situaties ter verwezenlijking van nieuwe doelen. Steeds opnieuw rijst hierbij de algemene vraag of er keuzevrijheid tussen verschillende typen beperkte rechten bestaat, en, nog algemener, of 'de bouwstenen van het vermogensrecht' vrijelijk bruikbaar en inwisselbaar zijn. Gezien de herkomst van de *numerus clausus* past het om het antwoord op deze vragen eerst te zoeken in de wil van de wetgever.

### *8.1.3 De bedoeling van de wetgever*

In het overzicht van relevante passages uit de parlementaire geschiedenis in § 2.2 is al gebleken dat de wetgever in algemene zin heeft gekozen voor een *numerus clausus*. Daarmee is echter niet duidelijk of keuzevrijheid en inwisselbaarheid passen in het systeem dat de wetgever voor ogen heeft gehad. Duidelijk is wel dat de wetgever heeft beoogd om verschillende, van elkaar onderscheiden typen van beperkte rechten te creëren, zoals blijkt uit de volgende passage over eventuele schrapping van het opstalrecht wegens overbodigheid naast het recht van erfpacht:

"De commissie zou naast het erfpachtsrecht een aparte regeling van het opstalrecht willen handhaven. Een samensmelting is technisch uiteraard uitvoerbaar, doch minder gewenst, juist in het licht van de strenge kanalisering, welke het ontwerp met het oog op de beperkte zakelijke rechten wil brengen. Laten er dan althans nog

zoveel mogelijk kanalen zijn. Bovendien is bij voorbeeld het recht om op eens anders grond bomen te planten (waarbij de boom toebehoort aan de planter) van ouds geen erfpachtsrecht. Het is noch historisch juist, noch verhelderend, om vele wijd uiteenlopende figuren onder de ene noemer van de erfpacht te brengen."<sup>4</sup>

Als hierin een indicatie besloten ligt voor beantwoording van de vragen in dit hoofdstuk, dan is het dat ieder type beperkt recht een eigen rol vervult, zowel historisch als wetssystematisch, en dat het karakter van ieder type tot uiting komt in het daarvoor gecreëerde regime.

Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat de *numerus clausus* later in het wetgevingsproces in verschillende opzichten wat is versoepeld. Verder wordt het onderscheid tussen de verschillende typen rechten soms wat vertroebeld, enerzijds door de vele wettelijke schakelbepalingen, en anderzijds door de gebruiken in de rechtspraktijk, zoals het beleid van gemeenten om hun algemene erfpachtsvoorwaarden onverkort van toepassing te verklaren op verleende opstalrechten.

Lastig is dat de wetgever soms vernieuwingen aanbrengt zonder uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de wetssystematische consequenties daarvan voor andere rechtsfiguren. Een fraai voorbeeld is de recente wijziging van art. 3:94 BW, waarmee het mogelijk is geworden om een vorderingsrecht te leveren zonder de handeling van een mededeling aan de debiteur van de gecedeerde vordering. Zuiver wetstechnisch beschouwd is het hiermee op grond van art. 3:98 jo 94 lid 3 BW mogelijk geworden om op een vorderingsrecht een recht van vruchtgebruik te vestigen zonder mededeling aan de debiteur.<sup>5</sup> Uit niets blijkt dat de wetgever aan het ontstaan van de mogelijkheid van 'stille' vestiging van een recht van vruchtgebruik heeft gedacht. Wetstechnisch is een stil vruchtgebruik mogelijk, maar mag worden aangenomen dat dit type goederenrechtelijk recht materieel ook door de wetgever is gewild? Bezien vanuit de *numerus clausus* kan een stil vruchtgebruik worden aangemerkt als een nieuw type goederenrechtelijk recht, zoals het stil pandrecht wezenlijk verschilt van het openbaar pandrecht, waarvoor dan een specifieke regeling in de wet ontbreekt. Hier is echter niet zozeer de Typenzwang interessant, als wel de vraag of dat wat in het goederenrecht *kan* op basis van de letter en

4 VV II bij titel 5.8 (d d. 25 oktober 1961), PG 5, p. 357, onderschreven in MvA II bij titel 5.8 (d.d. 16 oktober 1972), p. 358.

5 Zie J.W.A. Biemans, Het stil recht van vruchtgebruik, *Privaatrecht aktueel*, WPNR 6653 (2006), p. 99-101. Biemans ontleent ook een argument aan art. 3:85 BW, dat nog uitvoerig ter sprake komt in dit hoofdstuk. Hij veronderstelt dat ook een stille cessie voor een bepaalde tijd wordt geconverteerd in een vruchtgebruik. In ieder geval is art. 3:85 BW kennelijk buiten beschouwing gebleven bij de afschaffing van het mededelingsvereiste.



de techniek van de wet, ook *mag*. Deze vraag impliceert dat naast de 'technische variant' van de wetssystematische methode van rechtsvinding ook de teleologische en de rechtshistorische varianten van de wetssystematische methoden toegepast moeten worden om een oordeel te geven over de rechtsgeldigheid van nieuwe goederenrechtelijke rechtsfiguren of nieuwe toepassingsvarianten daarvan.

#### 8.1.4 Systematische rechtsvinding en der negativer Satz

Systematische rechtsvinding roept nog meer vragen op in het kader van dit hoofdstuk, dat gaat over de onderlinge verhouding van de verschillende beperkte rechten. Niet steeds is duidelijk wat toelaatbaar is bij de invulling van de beperkte rechten, wanneer een bepaalde bevoegdheid dwingendrechtelijk is beperkt in het kader van het ene beperkte recht maar niet in het kader van een ander type. Betekent bijvoorbeeld het feit dat het recht van erfpacht een vruchttrekkingsbevoegdheid voor onbepaalde tijd geeft, in beginsel ook dat aan de andere beperkte rechten een vruchttrekkingsbevoegdheid voor onbepaalde tijd kan worden toegevoegd, behalve waar de wet dit uitdrukkelijk verbiedt, zoals bij het recht van vruchtgebruik? Is het mogelijk om aan een pandhouder het recht tot gebruik en verbruik van het verpande goed toe te kennen op de grond dat art. 7:53 BW die mogelijkheid biedt aan een pandhouder op basis van een financieelzekerheidsovereenkomst tot verpanding?<sup>6</sup>

Wanneer rechtsfiguren worden gerubriceerd en vergeleken, is het verleidelijk om aan de wettelijke regeling van het ene type recht argumenten te ontleen voor een oordeel over de rechtsgeldigheid van een beding in het kader van een ander type. Opnieuw Heck heeft hiertegen echter gewaarschuwd, waar hij schrijft over de zin van groepering van typen rechten:

"Nach der in diesem Grundriß vertretenen Grundanschauung liegen nur Ordnungsbegriffe vor, Sammelworte für die Zusammenfassung von Rechtsgebilden, die dem Beobachter gewisse Übereinstimmungen neben Unterschieden aufzeigen. Dagegen handelt es sich nicht um die Erkenntnis kausaler Begriffe, von Vorstellungen, die bei der Entstehung der Rechtstypen wirksam gewesen sind. Die Gruppenbildung ist nicht eine Erforschung treibender Kräfte. Es ist daher unzulässig, aus der möglichen Einordnung der Rechtsnormen eine Ergänzung des vorhandenen Rechts abzuleiten. Ein solches Verfahren wäre unerlaubte Begriffsjurisprudenz."

6 Kritisch over deze systeemvreemde gebruiksbevoegdheid voor de pandgever uit communautaire bron is T R M P Keijser, De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel - Het 'gebruiksrecht' van de Collateral Richtlijn beschouwd naar Nederlands en Duits recht, NTBR 2003/8, p 432-442

(Inversionsmethode). Die Normengewinnung hat für den einzelnen Rechtstyp durch Erforschung der geschützten Interessen und ihre Abwägung gegen andere Interessen zu erfolgen. Erst für das ergänzte Institut ist dann die Stellung nach den Ordnungsprinzipien zu bestimmen."<sup>7</sup>

Heck wijst een ordening van rechtsfiguren als bron voor recht duidelijk af in de context van het goederenrecht. Zo bezien is rechtsvinding per analogie uit den boze: als iets kan in het kader van het ene type goederenrechtelijke recht, betekent dit niet dat het ook in het kader van een andere type kan.<sup>8</sup> Beslissend dient volgens Heck te zijn welke belangen de regeling van een bepaalde rechtsfiguur beoogt te beschermen, niet de mogelijkheden die in de regeling van een ander type recht worden geboden.<sup>9</sup>

Een nauw verwante, evenzeer in het kader van dit hoofdstuk relevante vraag van rechtsvinding en rechtstheorie, die ook rechtshistorisch verband blijkt te houden met de *numerus clausus*, betreft de aard van de wet: permissief of restrictief? De *numerus clausus* in het goederenrecht is door Heck in 1930 aldus beschreven:

"Das BGB. hat hinsichtlich der Bildung der Sachenrechte die Privatautonomie beschränkt. Es gilt der *numerus clausus*, der Grundsatz des Typenzwangs. Die Zahl der möglichen dinglichen Rechte ist geschlossen. Dieser Grundsatz ist nicht in einer besonderen Anordnung ausgesprochen, sondern durch die Fassung der einzelnen Vorschriften. Der maßgebende Grundsatz ergibt sich durch das *argumentum e contrario*: 'was nicht erlaubt ist, wird verboten, ist für das Recht unmöglich'."<sup>10</sup>

Het rechtsvindelijk venijn zit hier in de staart: de *numerus clausus* brengt mee dat de wet moet worden gezien als bevoegdheidverlenend, niet als bevoegdheidbeperkend. Dit betekent dat een bevoegdheid alleen maar bestaat als de wet die toekent of mogelijk maakt.

Naar mijn indruk bestaat er een verband tussen dit grondbeginsel van de *numerus clausus*, zoals deze aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw in Duitsland werd verstaan, en de eveneens Duitse gedachte van *der allgemeiner negativer Satz*, die vooral in de 19<sup>e</sup> eeuw in de Duitse literatuur aanhangers

7 Heck, 1930, § 20.7.

8 Vgl. Opzoomer, 1871, geciteerd in de laatste voetnoot bij het slothoofdstuk, § 9.5.3.2.

9 P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, 1982, p. 63, vermeldt Ph. Heck (1858-1943) als bekendste vertegenwoordiger van de 'Interessenjurisprudenz', de doctrinaire stroming in Duitsland wier aandacht vooral uitging naar de aan de geformuleerde rechtsnorm ten grondslag liggende belangenafweging en dan met name zoals deze door de wetgever bij het formuleren van de norm is verricht. Deze stroming was sterk geïnspireerd door de late werken van Jhering, waarin deze zich in scherpe bewoordingen afzette tegen de aanvankelijk mede door hem zelf vormgegeven methoden van de pandektistiek.

10 § 23.1 ('Das Typensystem des geltenden Rechts').

kende. Deze leer komt erop neer dat buiten de wet geen recht bestaat.<sup>11</sup> Dit uitgangspunt voor rechtsvinding zou meebrengen dat partijen bij de vestiging van een beperkt recht alleen die bevoegdheden tot onderdeel van het goederenrechtelijke recht kunnen maken, die zijn voorzien in de wettelijke regeling.

Het is twijfelachtig of deze richtsnoer voor goederenrechtelijke rechtsvinding nog geldt voor het Nederlandse goederenrecht. De algemene opmerkingen van de wetgever over boek 5, zoals uiteengezet in hoofdstuk 2 en geanalyseerd in hoofdstuk 6, doen vermoeden dat thans minder strikt moet worden vastgehouden aan de wet als grondslag voor alle bevoegdheden.<sup>12</sup>

### 8.1.5 Wetsontduiking

Onzeker is ook de status in het Nederlandse recht van een leerstuk dat nauw verwant is met de voorgaande vragen van rechtsvinding, namelijk de problematiek van wetsontduiking en *fraus legis*. Het gaat dan om een rechtsfiguur 'die weliswaar niet rechtstreeks in strijd is met de letter van de wet, doch waardoor niettemin de toepassing van een wetsbepaling wordt verijdeld'.<sup>13</sup> Juist wanneer het regime voor een bepaald goederenrechtelijk recht is vermeden door middel van een alternatieve constructie die het ontweken recht functioneel spiegelt, komt de gedachte aan wetsontduiking boven. Hartkamp schrijft voor het overeenkomstenrecht dat de rechter in elk geval afzonderlijk zal moeten uitmaken of een bepaalde overeenkomst waardoor de wet wordt ontdoken, ongeoorloofd is; daarvan zal naar zijn mening sprake zijn indien partijen hebben gehandeld met het oogmerk een resultaat te bereiken dat strijdig is met de strekking van de ontdoken wetsbepaling.<sup>14</sup> Hiermee mondt het leerstuk wetsontdui-

11 Zie Lorenz Kahler, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, Nomos 2004, § II 2, p. 36-39, met verwijzing naar Ernst Zitelmann, *Lucken im Recht*, Leipzig 1903, p. 19 en Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, 2<sup>e</sup> druk 1983. De tegenovergestelde gedachte is te vinden in de Franse 19<sup>e</sup> eeuwse doctrine bij Toullier en Demolombe, beiden geciteerd in § 3 4.2 2. "la grande règle que tout ce qui n'est pas défendu est permis"

12 Zie nog § 9 4 4

13 Aldus, voor de overeenkomst, Asser-Hartkamp 4-II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12<sup>e</sup> druk 2005, nr 254, in nr 255 wordt wetsontduiking gerubriceerd als een rechtshandeling in strijd met de goede zeden als bedoeld in art. 3 40 lid 1 BW. In het verleden werd nietigheid wegens wetsontduiking ook gebaseerd op het inmiddels afgeschafte art. 14 AB, dat luidde: 'Door geene handelingen of overeenkomsten, kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht ontnomen worden.'

14 A w, nr 254

king uit dat van uitleg van de wet. In zijn noot bij het Bierbrouwerij-arrest uit 1929, dat in hoofdstuk 2 uitvoerig is geciteerd, stelde Paul Scholten al: "Vragen van wetsontduiking zijn bijna altijd vragen van interpretatie."<sup>15</sup>

Met de beschreven rechtstheoretische vragen en leerstukken in het achterhoofd kan het Nederlandse vermogensrecht te lijf gegaan worden. Het zal blijken dat deze leerstukken uiteindelijk bepalend kunnen zijn voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de vermogensrechtelijke constructies waarvoor het Nederlandse vermogensrecht ruimte lijkt te bieden. Eerst komen de goederenrechtelijk georiënteerde alternatieven voor de rechten binnen de *numerus clausus* - de eerste nadere vraag - aan de orde in § 8.2. Vervolgens wordt op de tweede nadere vraag ingegaan door alternatieve constructies van verbintenisrechtelijke aard te bespreken in § 8.3. De derde vraag wordt kort geïllustreerd in § 8.4.

In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk komen de implicaties en de consequenties aan de orde. Een implicatie van de *numerus clausus* en het gesloten systeem is dat de regels die een beperkt recht dwingend beheersen, analogisch worden toegepast op de alternatieve constructie. Meer in het algemeen gaat het om de vraag van samenloop, de vraag welke rechtsregimes naast elkaar van toepassing zijn. De betekenis van het leerstuk samenloop voor het goederenrecht staat centraal in § 8.5. Indien dan blijkt dat een constructie of een alternatief niet rechtsgeldig is, rijst de vraag of de nietigheid op een of andere manier wordt verzacht, met name door toepassing van het leerstuk conversie. In § 8.6 zal blijken dat veel belemmeringen bestaan voor conversie in goederenrechtelijke verhoudingen.

## 8.2 Goederenrechtelijke alternatieven

Alternatieve constructies van goederenrechtelijke aard ter ontwijking van restricties zoals gelden voor een bepaald type goederenrechtelijk recht zijn denkbaar in verschillende soorten en maten. In deze paragraaf worden vier varianten besproken. De eerste, het gebruik van een ander type beperkt recht dat bij de vestiging zoveel mogelijk op de gewenste maat wordt gesneden, houdt sterk verband met mogelijkheden en beperkingen die zijn besproken in hoofdstuk 6. De tweede alternatieve constructie die ter sprake komt is het gebruik van een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW. De derde alternatieve constructie is minder minder makkelijk te kwalificeren als goederenrechtelijk maar ligt wel in het verlengde van de gemeenschapsconstructie: het gebruik van een rechtspersoon. De vierde

---

15 HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 m.nt. PS (bierbrouwerij).

constructie van goederenrechtelijke aard is in hoofdstuk 7 als wijze van splitsing van een eigendomsrecht al ten dele geanalyseerd: het gebruik van een voorwaarde bij levering lijkt eindeloos veel ruimte te bieden voor ontwijking van de beperkte goederenrechtelijke rechten.

### *8.2.1 De inwisselbaarheid van de verschillende typen beperkte rechten*

In de rechtspraktijk blijkt regelmatig de behoefte te bestaan om een bepaald type goederenrechtelijk recht te ontwijken door creatief gebruik te maken van een ander type. Waarom is niet altijd duidelijk. In het algemeen kan worden gedacht aan specifieke beperkingen die voor een bepaald type beperkt recht gelden, zoals duurbeperingen, maar vermoedelijk kan ook een minder rationele voorkeur of traditie een rol spelen. Soms ook wordt de keuze voor een beperkt recht van een bepaalde aard ingegeven door beperkingen die buiten het vermogensrecht liggen, zoals wettelijke beleggingsrestricties voor investeringsmaatschappijen en beleggingsfondsen.

Creatief gebruik van één van de alternatieve typen goederenrechtelijke rechten impliceert meestal dat het alternatieve type wordt aan- of uitgekleeft; door middel van insnoerende verplichtingen en uitdrukkelijke gebruiksbeperkingen en door middel van toekenning van aanvullende bevoegdheden wordt het alternatieve type aangepast aan de behoeften in het concrete geval. In beginsel is het gebruik van een alternatieve constructie oirbaar, maar in sommige gevallen kan het alternatief een discussabele ontduiking van dwingendrechtelijke voorschriften opleveren. In deze paragraaf worden verschillende voorbeelden beschreven, gezien vanuit het gekozen alternatief.

#### *8.2.1.1 Opstal, vruchtgebruik en huur*

Een eerste betrekkelijk onschuldig voorbeeld betreft een recht van opstal ten opzichte van een recht van vruchtgebruik. Bij de bespreking van het voldoende verband vereiste is al melding gemaakt van een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad uit 1981, waarin oordeelde dat aanvullende bevoegdheden van een opstaller verdisconteerd mogen worden in de te betalen overdrachtsbelasting.<sup>16</sup> Naar aanleiding van dit arrest deed Pleysier de volgende observatie:

---

16 HR 11 maart 1981 (derde kamer), NJ 1982, 76 m.nt. WMK, geciteerd in een noot bij § 6.5.2.

"De HR achtte onjuist de mening van het Hof in Den Haag dat 'het niet mogelijk is langs de weg van een opstalrecht het volledig genot en het recht van vruchttrekking te verschaffen van de grond waarop dat recht betrekking heeft'. Men zou haast zeggen de HR acht het mogelijk de opstal 'op te blazen' tot een *vruchtgebruik*', en dan nog wel zonder gebondenheid-aan-het-leven!"<sup>17</sup>

Duidelijk is dat in dit arrest een heel andere fiscaalrechtelijke vraag centraal stond, zodat onzeker is of de Hoge Raad nog steeds een dergelijk arrest zou wijzen. Belangrijker is hier dat Pleysier er terecht op wijst dat uitbouw van het recht van opstal met een vruchttrekkingsbevoegdheid betekent dat het recht van vruchtgebruik wordt overvleugeld. Een liberale benadering van het recht van opstal gaat zo ten koste van de dwingendrechtelijke durbeperking voor het recht van vruchtgebruik. Neemt men deze beperking uit art. 3:203 BW serieus, dan verdient de aankleding van een recht van opstal met een recht van vruchttrekking te worden gezien met kritische blik.

Overigens is hier niet evident dat de partijen bij de vestiging van het recht van opstal hebben beoogd om de dwingendrechtelijke durbeperking van het recht van vruchtgebruik te ontwijken. Verondersteld mag worden dat voor het recht van opstal is gekozen omdat de beperkt gerechtigde daarmee de eigendom van de opstallen verkreeg. Aan het recht van vruchtgebruik, eventueel in aanvulling op het recht van opstal, is wellicht helemaal niet gedacht. Toch illustreert het geval wel dat de *numerus clausus* door ruimhartige erkenning van aanvullende bevoegdheden en verplichtingen onder druk kan komen te staan.

Juist waar het om gebruiksrechten gaat, kan ontwijking van dwingendrechtelijke voorschriften er juist ook toe leiden dat wel gekozen wordt voor een beperkt recht. Het is in theorie mogelijk om een recht van vruchtgebruik of van erfpacht zo uit te kleden dat een recht overblijft dat sterk lijkt op huur. Kleijn rept van een keuze tussen het recht van gebruik en bewoning en van vruchtgebruik enerzijds en recht van huur en pacht anderzijds:

"Het is de vraag hoe ver die keuze gaat nu er ten aanzien van huur en pacht bijzonder veel dwingend recht is ten behoeve van de huurder en de pachter, waarvan bij de beperkte rechten geen spoor is terug te vinden. Al snel rijst dan de neiging om het dwingend recht van huur en pacht te ontgaan via de huur van een soortgelijk beperkt recht"<sup>18</sup>

17 A J H Pleysier, Nogmaals over het besparen van overdrachtsbelasting bij het vestigen van beperkte zakelijke rechten, WPNR 5621 (1982), p. 557, sub 5.

18 W M Kleijn, Vruchtgebruik, Mon. Nieuw BW B-10, 1990, § 21, p. 60

De huurovereenkomst is uiteraard een bijzondere overeenkomst van speciale aard, tezamen met de pachtovereenkomst, aangezien daarvoor een dwingendrechtelijk beschermingsregime geldt. Het is daarom twijfelachtig of het huurrecht door de keuze van een goederenrechtelijk recht helemaal vermeden kan worden; het ligt voor de hand dat althans sommige bepalingen van huurrecht van overeenkomstige toepassing worden geacht.

### 8.2.1.2 Erfpacht, horizontale splitsing en footprint

Het recht van erfpacht blijkt in de praktijk van grote betekenis te zijn voor de realisering van specifieke wensen van de bij de vestiging betrokken partijen. Ook erfpacht biedt wellicht mogelijkheden om de beperkingen van het recht van vruchtgebruik te ontwijken.<sup>19</sup>

Van veel groter maatschappelijk gewicht is echter het gebruik van het recht van erfpacht om een splitsing in appartementsrechten te vermijden. In § 6.9.2.3 is een beschrijving gegeven van de *footprint*-constructie. Dit is een combinatie van verkaveling met uitgifte in erfpacht van de perceeltjes waarop de fundamente van een gebouw rusten en de vestiging van een in de hoogte beperkt recht van erfpacht voor de omliggende ondergrondse garage. Een variant om horizontale splitsing te bewerkstelligen is de opstalconstructie. Daarbij wordt ten gunste van de verkrijger van een verdieping van een gebouw een opstalrecht gevestigd. Het object van het recht van opstal is het gehele perceel, doch de inhoud van het opstalrecht betreft slechts de eigendom van de verdieping.<sup>20</sup> In de vestigingsakte is

---

19 Zie A.J.H. Pleysier, iets over appartementsrecht en erfpacht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p. 1-2, nr. 4: "Het is duidelijk dat rechten van erfpacht handiger zijn dan rechten van vruchtgebruik en gebruik en bewoning: deze gaan immers teniet bij het overlijden van de gerechtigde en de laatste rechten zijn ook nog eens onoverdraagbaar."

20 Zie o.a. G.E. van Maanen, Ondergronds en bovengronds bouwen: de juridische infrastructuur, WPNR 6326 (1998), § 6, p. 555. Hij noemt de opstalconstructie ten aanzien van projecten om de ruimten boven winkels in Maastricht bewoonbaar te maken, maar uit zijn beschrijving is niet precies af te leiden hoe de constructie is ingericht; hij rept namelijk niet alleen over het opstalrecht voor de bovenverdiepingen, maar ook over horizontale natrekking, waarbij het trappenhuis als basis dient voor een in de breedte uitlopende bovenlaag, gevoegd bij erfdiensbaarheden van overbouw. Dit lijkt op de ouderwetse verdiepingseigendom, opgekalecterd met een extra opstalrecht en bovendien met erfdiensbaarheden. De vermelding van het trappenhuis als basis voor een omgekeerde piramide doet enigszins denken aan de footprint-constructie, aangevuld met een opstalrecht, en toegepast in de context van reguliere panden. Zo gezien is er bij deze mengelmoes van goederenrechtelijke rechten van werkelijke horizontale splitsing in afzonderlijke bouwlagen geen sprake.

een regeling opgenomen over gebruik van bepaalde gemeenschappelijke ruimten. Met een zogenaamde vrije tekst in de kadastrale registratie wordt aangegeven dat de inhoud van het opstalrecht de eigendom van de verdieping betreft. Aangezien de bewaarders geen bezwaren zien tegen de constructie van vestiging van een opstalrecht dat ziet op de bovenverdieping, wordt de constructie in de kadastrale registratie-praktijk toegepast.<sup>21</sup>

Beide vormen van horizontale splitsing kunnen worden gezien als moderne varianten van de oude 'verdiepingseigendom'.<sup>22</sup> Aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw ontstond de behoefte om woningen juridisch te splitsen in een benedenwoning of -winkel, en een bovenwoning met een zelfstandig trappenhuis. Bij gebreke van een wettelijke regeling van splitsing in appartementsrechten, die pas in 1952 is ingevoerd, is gezocht naar juridische constructies die 'verdiepingseigendom' mogelijk maakten. In 1940 heeft Beekhuis de suggestie gedaan om de grond te splitsen en de eigendom van de grond onder het trappenhuis afzonderlijk over te dragen aan de koper. De kerngedachte was dat de gehele bovenverdieping door horizontale natrekking deel uit zou gaan maken van de eigendom van het trappenhuis. Een erfdiensbaarheid moest waarborgen dat de eigenaar van de benedenwoning de bovenverdieping zou gedogen. De rechtsgeldigheid van de constructie Beekhuis is toen en nu door velen betwijfeld op grond van de natrekkingsregels. Ten eerste kan het trappenhuis niet worden beschouwd als de hoofdzaak die de rest van de bovenwoning horizontaal kan natrekken. Ten tweede leent de grond onder het trappenhuis zich niet voor afzonderlijke verkaveling, aangezien bebouwde grond alleen verticaal kan worden gesplitst indien het gebouw eveneens kan worden gesplitst; de grond onder een trappenhuis kan derhalve niet worden verzelfstandigd en afzonderlijk worden overgedragen.<sup>23</sup>

21 W. Louwman, Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom, JBN 1997, april, p. 6, nr. 39, en. De bijhouding van de kadastrale registratie inzake verdiepingseigendommen, WPNR 6342 (1999), p. 62, § 8.

22 Zie m.n. W. Louwman, Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom, JBN 1997, april, p. 6, nr. 39, Van Velten en Kleijn, beiden in JBN 1997, september, p. 11, no 79, C. Venemans, in: Naar een vernieuwd appartementsrecht, preadvies KNB 1997, § 4, en Ploeger, diss., no 155-156 en 218, met verwijzing naar Beekhuis, preadvies 1940, p. 177, Luyten, Verdiepingseigendom veroordeeld?, WPNR 6333 (1998), met een reactie van W. Louwman, De bijhouding van de kadastrale registratie inzake verdiepingseigendommen, WPNR 6342 (1999), met naschrift Luyten, p. 60-63. Het lemma verdiepingseigendom wordt in de 1999 editie van de Van Dale vermeld, met als synoniem 'horizontale eigendom', en moet derhalve als ingeburgerd worden beschouwd.

23 Zie van de in de vorige noot genoemden m.n. Ploeger, diss., met verwijzingen naar oudere literatuur, en Louwman, het hoofd van de bewaarders van het Kadaster en



Het grote bezwaar tegen alle vormen van horizontale splitsing is dat daarmee de wettelijke regeling van de appartementsrechten in titel 5.9 BW wordt omzeild. Deze regeling wordt in de praktijk in sommige gevallen 'te zwaar' bevonden. De regeling is verder ongeschikt in gevallen van grote langlopende projecten waarvan het eindresultaat onzeker is en mede wordt bepaald door het verloop van het project; de mogelijkheid die art. 5:144 BW biedt om na drie jaar wijziging van de splitsingsakte te bewerkstelligen, is een onaanvaardbaar risico voor de projectontwikkelaar.<sup>24</sup> Bezwaarlijk kan ook zijn dat de stemverhoudingen structureel ongelijk zijn doordat het ene appartement groter is dan het andere.<sup>25</sup> Verder is het in sommige gevallen de bedoeling van de betrokken gerechtigden om zo min mogelijk met elkaar te maken te hebben; in dergelijke gevallen is er dan ook in feitelijk en in constructief opzicht geen enkele gemeenschappelijk te gebruiken ruimte of zaak, behalve de fundamenteen en dergelijke.<sup>26</sup>

De wetgever heeft in 1951 en daarna in de maatschappelijke behoeften aan horizontale juridische splitsing voorzien door het appartementsrecht

---

de Openbare Registers te Apeldoorn, wiens twijfels worden onderschreven door Van Velten, onder verwijzing naar Hof Den Bosch 7 mei 1996, BR 1997, p. 163. Uitdrukkelijk anders R F H Mertens, *Bouwrecht* 1998/12, p. 1013-1016 op 1015 (recensie diss. Ploeger), die erop wijst dat dit arrest een geval betreft waarin slechts een deel van een gezamenlijk trappenhuis was overgedragen, er was dus geen sprake van een exclusieve, zelfstandige toegang, en E A A Luyten, *Verdiepingseigendom veroordeeld?*, WPNR 6333 (1998), p. 689, die blijkens zijn nawoord, 6342 (1999), op p. 63, uitgaat van een andere, hierna nog te bespreken hypothese dat een opstalrecht is gevestigd. Luyten, p. 691, vermeldt nog dat Louwman in een brief aan alle notariskantoren zijn standpunt inzake verdiepingseigendom heeft kenbaar gemaakt en op twee alternatieven heeft gewezen, namelijk de vestiging van een opstalrecht en de splitsing in appartementsrechten. Correctie van een aantekening van verdiepingseigendom in de registers zou kosteloos mogen geschieden.

24 R L Th Rietbroek, *Toepassing van zakelijke rechten in de praktijk*, *Bouwrecht* 1996/9, p. 705. Zie ook Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 359.

25 Rietbroek, a.w., en Venemans, p. 56.

26 Zie G E van Maanen, *Ondergronds en bovengronds bouwen de juridische infrastructuur*, WPNR 6326 (1998), § 6, p. 555. I k ten aanzien van projecten om de ruimten boven winkels in Maastricht bewoonbaar te maken, en Venemans, § 4.8, die uitdrukkelijk pleiten voor erkenning van de rechtsgeldigheid van de opstalconstructie voor deze vormen van verdiepingseigendom. Wellicht wordt het belang van een gemeenschappelijke overlegstructuur te gering geschat, bedacht moet worden dat alleen de regeling van het appartementsrecht in art. 5:112 lid 3 BW ruimte biedt voor een kwalitatief lidmaatschap van andere verenigingen die gemeenschappelijke belangen behartigen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de appartementsgerechtigden uit hoofde van hun recht qualitate qua lid zijn van een winkeliers- of wijkvereniging of van een nabijgelegen sportvereniging. Alleen in het kader van een splitsing in appartementsrechten is het lidmaatschap van dergelijke verenigingen niet opzegbaar, zie o.a. Rb. Arnhem 16 augustus 2001, NJ Kort 2001, 48 (NJ afl. 39). Zie ook A A van Velten, *Projectontwikkeling en bouwpraktijk*, 1989, p. 73-74.

in te voeren.<sup>27</sup> Daarom moet ervan uitgegaan worden dat de wetgever heeft beoogd dat de wettelijke regeling van de appartementsrechten exclusief is: alternatieve constructies voor 'splitsing' zijn in beginsel niet rechtsgeldig.<sup>28</sup> Desondanks wordt zowel in de praktijk als in de literatuur nog steeds een alternatief gezocht in de opstalconstructie.

Bij de juridische vormgeving van projecten zoals de Haagse Poort is deze ontwikkeling een stap verder gevoerd. De verticale afbakening door horizontale splitsing van het object, - het deel van de onroerende zaak waarop het beperkte recht rust -, is niet langer beperkt tot het recht van opstal maar wordt ook toegepast bij andere beperkte rechten zoals in het bijzonder het recht van erfpacht.<sup>29</sup> De erkenning ervan zou betekenen dat in sommige gevallen naast splitsing in appartementsrechten ook een andere algemene vorm van horizontale splitsing mogelijk is door middel van de vestiging van enig beperkt recht.

Dan rijzen twee vragen. De eerste vraag is of de vorm van splitsing ter vrije dispositie van partijen staat: kan in alle gevallen worden gekozen

- 
- 27 Zie over de geschiedenis van het appartementsrecht o.m. R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen*, diss. Maastricht, 1989, p. 25 e.v., en in Mon. Nieuw BW B-29, 2<sup>e</sup> druk 1999, § 1; Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nrs. 334-342.
- 28 Aldus m.n. Beekhuis zelf, in Asser-Beekhuis 3-II, 11<sup>e</sup> druk 1983, p. 300. Deze passage is door Van Velten gehandhaafd, maar met een verzwakkende toevoeging, in Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 362: "Men zal niet te spoedig andere rechtsvormen onmogelijk moeten achten, bijvoorbeeld een recht van opstal (onderstal) in plaats van splitsing, zoals een parkeergarage naast/onder een gebouw.", met verwijzing naar een advies Beekhuis-Lubbers inzake het Spui-project Den Haag (de parkeergarage onder het Danstheater), dat helaas nooit is gepubliceerd; zie ook nrs. 89 en 248-9. Ook Van Maanen in Pitlo/Reehuis, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 708, stelt dat de constructie met een opstalrecht gezien het alternatief van het appartementsrecht niet langer als deugdelijk kan worden beschouwd.
- 29 A.J.H. Pleysier, *Iets over appartementsrecht en erfpacht*, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p. 1-2, acht het mogelijk dat in plaats van gebruik te maken van het appartementsrecht een erfpachtsrecht wordt gevestigd dat op het gehele huis drukt maar als inhoud heeft het genot van sommige ruimten, terwijl een ander erfpachtsrecht op hetzelfde huis drukt dat een genot geeft van andere ruimten; het gemis van een vereniging van eigenaar wordt z.i. gecompenseerd door de betrokkenheid van een erfverpachter "die een oogje in het zeil houdt dat de verschillende gebruikers zich enigszins gedragen", met verwijzing naar Kleijn, *preadvies Vereniging voor Bouwrecht*, 1979, p. 44. De door Pleysier voorgestane constructie is eigenlijk niet die van horizontale splitsing, aangezien de verschillende beperkte rechten op één gehele zaak drukken; in wezen gaat het om een ruimtelijke afbakening van de bevoegdheden die uit de beperkte rechten voortvloeien. Zie hierover § 6.9.1.2. Overigens gelden m.i. voor beide constructies dezelfde rechtsregels. De beschouwingen van Ploeger in zijn dissertatie betreffen wel horizontale splitsing van het object waarop het beperkte recht drukt, maar zijn duidelijk beperkt tot horizontale splitsing door middel van vestiging van het recht van opstal, gezien de bijzondere aard van dit type beperkt recht.

voor ofwel de splitsingsvorm van appartementsrechten ofwel de vorm van afbakening van het object van de te vestigen beperkte rechten? Indien wordt gekozen voor handhaving van de appartementsregeling in bepaalde typen gevallen dwingendrechtelijk te laten blijven, rijst de tweede vraag naar het criterium: in welke gevallen is horizontale splitsing door middel van een opstalrecht of een ander beperkt recht mogelijk, naast of in plaats van splitsing in appartementen? Vooralsnog is geen sprake van een helder, algemeen aanvaard criterium.<sup>30</sup> De 'gekantelde' toepassing van het criterium voor verticale splitsing van gebouwen op horizontale splitsing, zoals dat in § 6.9.2.2 mede op basis van aanbevelingen van Ploeger is verwoord, is m.i. onvoldoende bevredigend, omdat daarbij de geldingspretentie van de appartementsregeling buiten beschouwing blijft.<sup>31</sup> De ratio van het appartementsrecht moet in het criterium worden verdisconteerd.<sup>32</sup> Daartoe moet de strekking van de appartementsregeling worden uitgewerkt en toegespitst op de typen gevallen waarvoor zij een geëigende oplossing biedt.<sup>33</sup> Het gaat dan waarschijnlijk vooral om alle gevallen waarin gemeenschappelijk gebruik wordt gemaakt van enige ruimten en

- 30 In welke type gevallen van verdiepingseigendom de opstalconstructie volgens Venemans wel rechtsgeldig moet worden geacht, en in welke niet, wordt niet helemaal duidelijk. Ook Ploeger, diss., nrs. 225-228, geeft geen uitsluitsel, mede doordat hij prefereert te spreken van bouwlagen in plaats van verdiepingen, aangezien het woord verdieping z.i. een bepaalde onzelfstandigheid ten opzichte van het gebouw impliceert (p. 226).
- 31 Het criterium van Ploeger, dat is onderschreven in Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 362, luidt na de in § 6.9.2.2 toegelichte herformulering ongeveer aldus: horizontale splitsing is mogelijk indien het afgesplitste gedeelte in het economisch verkeer in exploitatief opzicht als een zelfstandige eenheid beschouwd wordt. Zie de twijfels van Ploeger zelf in nr. 226: "Allereerst kan men vaststellen dat het onmogelijk is om te komen tot een harde scheiding tussen het toepassingsbereik van het opstalrecht en het appartementsrecht."
- 32 Vgl. Asser-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 362: De regeling van het appartementsrecht in art. 5:106 e.v. vormt "geen beletsel om het bestaan van horizontaal gesplitste eigendom aan te nemen in gevallen, waarvoor de wettelijke regeling van splitsing niet bedoeld is. Zo komt het nogal eens voor, dat men de eigendom van een afzonderlijke kelder kan verkrijgen, die niet aan een bepaald huis verbonden is, maar bijv. toegang heeft van de zijde van een water, in welk geval men te maken heeft met een soort opstalrecht.", met verwijzing naar enerzijds HR 29 mei 1985 (derde kamer), NJ 1986, 274 m.nt. WMK (overdracht van vruchtgebruik op praktijkruimte met bijbehorende grond), en anderzijds Hof 's-Hertogenbosch 13 april 1992, NJ 1993, 296. Dit laatste geval betrof het parkeerdak van een in appartementsrechten gesplitst parkeergebouw; het hof liet de algemene verticale natrekkingsregel prevaleren.
- 33 Zie ook Ploeger, nr. 226: "In elk geval wordt de praktische grens van het opstalrecht voor een groot deel bepaald door de doelmatigheid van het recht voor de gegeven situatie.", met verwijzing naar Venemans. Ploeger, diss., nr. 225, op p. 229, waarschuwt. "Het opstalrecht mag echter niet verworden tot een soort pseudo-appartementsrecht."

zaken - met uitzondering van fundamenteën en dergelijke -, of waarin ruimten en zaken aan gemeenschappelijk beheer worden onderworpen.<sup>34</sup> Sinds de wijziging van titel 5.9 BW in 2005 zijn veel bezwaren tegen splitsing in appartementen ondervangen.<sup>35</sup>

### 8.2.1.3 Eeuwigdurende erfpacht

Het recht van erfpacht biedt nog een andere illustratie van het fenomeen van wat ontduiking van de *numerus clausus* zou kunnen worden genoemd. Sinds het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw wordt onder meer door een aantal grote gemeenten gebruik gemaakt van het recht van erfpacht bij uitgifte van grond voor woningbouw. Daarvoor zijn allerlei redenen, waaronder de wens om door middel van regelmatige herziening van de canon, al dan niet bij heruitgifte in erfpacht na expiratie van de termijn waarvoor de erfpacht is gevestigd, mee te profiteren van de waardevermeerdering van de grond. Het recht van erfpacht wordt in de rechtspraak ook gebruikt als vehikel voor welstandsbepalingen en stedelijk beleid. Het recht van erfpacht lijkt zich hiervoor goed te lenen, want in hoofdstuk 6 is duidelijk geworden dat de wetgever veel ruimte heeft gegeven voor aanvullende verplichtingen die via de vestigingsakte en de daarin van toepasselijk verklaarde algemene erfpachtsvoorwaarden worden opgelegd aan de erfpachter. Bovendien biedt art. 5:86 BW de ruimte om de duur van de erfpacht te regelen.

34 Zie A.A. van Velten in zijn noot bij HR 29 mei 1985 (derde kamer), in *Bouwrecht* 1985, p. 788. Vgl. Ploeger, diss., nr. 226: "Het appartementsrecht geeft een min of meer pasklare regeling voor het samenleven binnen het gebouw, waarbij slechts de uitwerking voor het specifieke geval in de vorm van splitsingsakte en huishoudelijk reglement aan partijen is overgelaten." De onderlinge verhoudingen tussen de gebruikers van de verschillende elementen binnen de bouwmassa kunnen zodanig complex zijn dat een splitsing in appartementsrechten, eventueel gevolgd door ondersplitsing, de meer aangewezen weg is dan het opstalrecht dat meer ingesteld is op zelfstandigheid van de verschillende componenten." Ook Rietbroek zelf, p. 705 l.k., acht in de meeste gevallen splitsing in appartementsrechten "de meest voor de hand liggende en eerlijk gezegd ook de meest geschikte" figuur.

35 De aanbevelingen in het preadvies over erfpacht, KNB 1995, tot wijziging van de regeling van het appartementsrecht hebben geleid tot de instelling van een herzieningscommissie, die op 17 november 2001 een rapport aanbood dat een conceptwetsvoorstel met bijbehorende memorie van toelichting bevatte. Dit voorstel heeft geleid tot allerlei wijzigingen in titel 5.9 BW, betreffende o.a. de mogelijkheid om de splitsingsakte te wijzigen zonder unanimiteit en verder de stemverhoudingen bij ondererfpacht en bij de vestiging van beperkte genotsrechten op een appartementsrecht, de grondslag voor de bepaling van de breukdelen, de aansprakelijkheid van een nieuwe gerechtigde voor oude schulden, de aanvang van het bestaan van de vereniging van eigenaren en de vorming van een reservefonds.

Sommige gemeenten blijken ervoor te hebben gekozen, soms bij heruitgifte, om het erfpachtsrecht te vestigen voor onbepaalde duur met periodieke betaling van soms geïndexeerde canon, soms ten dele vooruitbetaald.<sup>36</sup> Van Velten merkt hierbij op dat deze vorm van erfpacht "niet veel anders is dan de in 1992 niet meer in de wet terug gekeerde grondrente van art. 782 oud-BW".<sup>37</sup> Het recht van grondrente was het recht om van een eigenaar van een onroerende zaak periodiek een vaste geldsom te ontvangen.<sup>38</sup> Dogmatisch zijn voortdurende erfpacht en grondrente elkaars spiegelbeeld, maar in feite komen ze op hetzelfde neer. Het recht van grondrente maakte deel uit van het oorspronkelijke ontwerp voor het BW van 1992, maar is daaruit geschrapt.<sup>39</sup> Van Velten suggereert om de grondrente "toch maar weer - maar dan in aangepaste vorm - als vervanging voor de voortdurende erfpacht met de verplichting tot betaling van een canon in het BW op te nemen".

Nog een brug verder gaat de eeuwigdurende erfpacht met geheel vooruitbetaalde canon ter hoogte van de grondwaarde, die in Den Haag en Utrecht blijkt te worden gebruikt. Deze variant, die een vorm van economische eigendom van de erfpachter betekent, heeft als enige doel de verwezenlijking van welstandsbeleid in de betreffende steden. Volgens Van Velten is deze variant van erfpacht

'een civielrechtelijk monstrem, dat louter dient als publiekrechtelijk beheersinstrument en als zodanig niet thuis hoort in ons burgerlijk recht. Deze gekunstelde constructie (in Utrecht wel 'eigendom met een rood randje' genoemd) lijkt als twee druppels water op het bekleemrecht, dat niet meer in het BW is teruggekeerd, meer speciaal het daaraan verwante stadsmeierrecht ('huurcenter'), zoals Groningen deze rechtsfiguren nog kent en welk laatste recht verdwijnt via een afkoopregeling' <sup>40</sup>

36 A A van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.3

37 Van Velten, *preadvies KNB 1995*, § 1.9.2.5

38 Zie in de recente literatuur A H T Heiserkamp in Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 592. De vordering op de eigenaar of beperkt gerechtigde die voortvloeide uit het recht van grondrente kon alleen op het betreffende registergoed worden verhaald en niet op het overige vermogen van de schuldenaar. Wanneer de schuldenaar overging tot vervreemding van zijn registergoed raakte de rechtsverrijger gebonden. Er was dus sprake van een goederenrechtelijke verplichting voor een moedergerechtigde om iets te geven aan een beperkt gerechtigde, namelijk de rechthebbende van de grondrente.

39 Zie ontwerp-art. 591 tot 4, PG 5, p. 367-369.

40 Van Velten, *preadvies KNB 1995*, § 1.9.2.6. Het bekleemrecht, dat was geregeld in art. 1684 Oud BW, wordt beschreven door Heiserkamp in Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 593, als het zakelijk, ondeelbaar en eeuwigdurend recht op de onroerende zaak van een ander om daarvan het volledige genot te hebben. De gerechtigde, die soms meer wordt genoemd, werd eigenaar van de zich op de grond bevindende gebouwen en beplantingen. Hiertegenover stond de plicht om

In het licht van de *numerus clausus* rijzen allerlei vragen.<sup>41</sup> Bezien vanuit de pandektistische dogmatiek is een eeuwigdurend beperkt recht onverenigbaar met het eigendomsbegrip, dat hoogstens in duur en omvang beperkte lasten tolereert.<sup>42</sup> Aangezien de canon geheel is betaald, kan de erfpachter krachtens art. 5:87 BW alleen tot rechtsgeldige opzegging van de erfpacht overgaan indien de erfpachter 'in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen'. Het is naar mijn inschatting twijfelachtig of niet-nakoming van welstandsbepalingen ooit als zodanig kan kwalificeren.

Interessant is vooral het verband dat Van Velten legt met de oude zakelijke rechten. Het gaat hierbij niet om bijzonder typen zakelijke rechten die zijn opgegaan in een generieke begripsomschrijving, zoals bij de oude benoemde erfdienstbaarheden het geval is. De gelijkenis betreft typen goederenrechtelijke rechten die door de wetgever uitdrukkelijk en bewust buiten de nieuwe wet zijn gehouden en waarvoor een uitkoopregeling is gecreëerd zodat de nog voort bestaande oude rechten snel uit het rechtsverkeer zullen verdwijnen. De creativiteit in de rechtspraktijk komt hier haaks te staan op kennelijke wil van de wetgever.

#### 8.2.1.4 De trukendoos van Kleijn

De verschillende wijzen waarop het recht van erfpacht in de rechtspraktijk wordt benut, heeft ook inspiratie geboden aan Kleijn voor een onorthodoxe manier om een bijzonder doel te bereiken. In een geval dat door de Hoge Raad in 2003 is berecht, was een seniorenappartement in een verzorgingshuis verkocht onder het beding dat het appartement in geval van overlijden ter terugkoop zou worden aangeboden aan de exploiterende stichting voor een bepaalde prijs, die verband hield met de oorspronkelijke koopsom.<sup>43</sup> Gezien de waardeinstijging op de vrije markt vocht de erfgename van de eigenaar dit anti-speculatiebeding aan, omdat het een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde zou vormen. De Hoge Raad

---

een vaste huursom te betalen, alle lasten te betalen en voorts aan de eigenaar bijzondere uitkeringen te doen bij huwelijk en bij vererving en overdracht van het recht. Het lijkt op een combinatie van erfpacht en opstal. Van het huis is de meier eigenaar; de grond onder het huis is beklemd. Zie PG 5, p. 350-353.

41 Onbesproken in deze studie blijft de twee-wegenproblematiek: de vraag of en in hoeverre het privaatrechtelijk instrumentarium door overheden gebruikt mag worden voor de verwezenlijking van bestuurlijk beleid. Zie hierover o.a. W.G. Huijgen, *Erfpacht en publiekrecht*, preadvies KNB 1995, en Van Velten, 2006, § 12.9.

42 Zie §§ 3.5.3.1, 3.6.3 en 3.7.2.4.

43 HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 m nt. JH (Parkwoningen Hoge Heide)

verwierp het verweer dat het ging om een kernbeding. Hierbij bleef de goederenrechtelijke dimensie geheel onvermeld.

Naar aanleiding van dit arrest heeft Kleijn een alternatieve constructie gesuggereerd, die een betere waarborg zou bieden voor nakoming van het speculatiebeding: uitgifte in erfpacht 'voor een termijn gelijk aan het feitelijk metterwoon bewonen door de erfpachter en diens eventuele echtgenoot'. Kleijn concludeert veelzeggend:

"Al met al lijkt ook hier erfpachtrecht betere mogelijkheden te bieden dan eigendom. Voor een buitenlander is dit een wonderlijke ontwikkeling: het recht als trukendoos om via erfpacht mogelijk te maken wat bij eigendom op problemen stuit, terwijl het (feitelijk) genot nagenoeg gelijk is en het juridisch karakter vergelijkbaar. De conclusie is, dat het Nederlands Burgerlijk Recht hier veel te bieden heeft, ook voor diegenen die doorgangen proberen te vinden, waar ogenschijnlijk de wetgever en rechtsvinder lijken de deur te hebben gesloten."<sup>44</sup>

Of de truc van Kleijn inderdaad werkt, valt te bezien; hieronder wordt nog ingegaan op de vraag of de formulering van de voorwaarde een overdracht onder tijdsbepaling oplevert. Ook gaat het hier om een verplichting in *faciendo*, aangezien de erfpachter het recht te koop zou moeten aanbieden aan de stichting. Meer in het algemeen pleegt wel de rechtsgeldigheid van een anti-speculatiebeding in erfpachtsvoorwaarden te worden aangenomen, maar niet in elke verschijningsvorm.

Interessanter is natuurlijk de bredere strekking van de conclusie van Kleijn. Hij lijkt uit te gaan van het motto: alles wat niet uitdrukkelijk door de wet wordt verboden, is mogelijk. Dit uitgangspunt staat haaks op de benadering waarin uit de *numerus clausus* en het systeem van het goederenrecht algemene beperkingen op de partijautonomie moeten worden afgeleid. De creatieve goochelaars met hun trukendoos staan zo tegenover de teleologische dogmatici met hun wetssystematiek.

---

44 W M Kleijn, *Het erfpachtrecht als wondermiddel?*, in: Vast en goed (Van Velten-bundel), 2003, p. 115-119, slot, met een pluim voor de truken van Van Velten. Vgl. nog H W. Heyman, *Blaauboer/Berlips - Een monument van dogmatische zuiverheid*, maar de praktijk is sterker dan de leer, *Rechtspraak klassiek*, NTBR 2002/7, § 5, p. 304. "Het is nog niet eens zo eenvoudig om aan te geven waarin dogmatisch het verschil zit dat meebrengt dat wat met eigendom niet kan met erfpacht wel kan. Qua praktisch resultaat is dat nog veel moeilijker. Wat is maatschappelijk, economisch, nog het verschil tussen een eeuwigdurende erfpacht met afgekochte canonverplichting en volle eigendom?"

### 8.2.2 *Gemeenschapsconstructies*

In § 6.8 is aandacht besteed aan de goederenrechtelijke verhouding die door de vestiging van een beperkt recht ontstaat tussen beperkt gerechtigde en moedergerechtigde. Aangezien hun beider rechten op hetzelfde goed betrekking hebben, kan gesteld worden dat zij allebei een aandeel in het goed hebben, ook al zijn de aandelen niet gelijksoortig. De bevoegdheden met betrekking tot het goed zijn verdeeld over de verschillende volledig en beperkt gerechtigden tot het goed; aan iedere gerechtigde behoren bevoegdheden met betrekking tot het goed toe. Wanneer een goed toebehoort aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk, is op grond van art. 3:166 BW sprake van gemeenschap. Gaat het om een zaak, dan wordt gesproken van mede-eigendom. De regeling voor de gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW laat toe dat tussen de deelgenoten een beheersregeling wordt gemaakt. Belangrijker nog is dat art. 3:169 BW toelaat dat de gebruiksbevoegdheden van iedere deelgenoot met betrekking tot het gemeenschappelijke goed worden afgebakend in een regeling tussen de deelgenoten. Er is weinig fantasie voor nodig om in de gemeenschap mogelijkheden te zien om geheel nieuwsoortige goederenrechtelijke rechten te creëren. De gemeenschap zou ook een verklaring bieden voor de trustfiguur, die evenals de beperkte rechten, een vorm van splitsing van de bevoegdheden met betrekking tot een goed betekent.

Een noodzakelijke voorwaarde voor dergelijke creativiteit is het uitgangspunt dat de aandelen tussen de deelgenoten in een gemeenschap ongelijksoortig kunnen zijn. De tekst van de wet lijkt voor ongelijksoortige aandelen ruimte te bieden. Vooral lid 2 van de definitiebepaling in art. 3:166 BW biedt een opening, doordat is bepaald dat de aandelen van de deelgenoten gelijk zijn, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit. Hierbij is niet aangegeven de gelijkheid alleen de kwantitatieve omvang van de aandelen betreft, of ook de kwalitatieve inhoud van ieder aandeel. Gaat men ervan uit dat de aandelen inhoudelijk kunnen verschillen, dan is het slechts een vraag van dogmatiek of het gemeenschappelijke goed toebehoort aan de verschillende deelgenoten 'gezamenlijk', zoals omschreven in lid 1 van art. 3:166 BW.

De parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat de wetgever heeft bedoeld duidelijk te maken dat de aandelen weliswaar niet gelijk in omvang behoeven te zijn, maar wel gelijksoortig. Uitdrukkelijk is verwoord dat een vruchtgebruiker en de moedergerechtigde niet gezamenlijk deelgenoten zijn in een gemeenschappelijk goed. Hiertoe is in het Gewijzigd



Ontwerp de tekst van art 3:166 lid 1 BW nog gewijzigd.<sup>45</sup> De bedoeling van de wetgever is hiermee duidelijk, zij het dat de tekst van de wet niet ondubbelzinnig is.<sup>46</sup> Hij is hiermee gebleven binnen een traditie die zich in de rechtsgeschiedenis en in buitenlands recht laat onderkennen.<sup>47</sup> In Duitsland is reeds in 1930 door Heck gewezen op de mogelijke betekenis van mede-eigendom voor de *numerus clausus*:

"Der Unterschied von den Fällen der Belastung mit einem beschränkten Recht besteht nur darin, dass die Rechte der Miteigentümer grundsätzlich gleichartig sind. Sobald eine Rechtsordnung es erlaubt, des Miteigentumsrecht ungleichartig zu gestalten, ergibt sich die Möglichkeit, ihre Interessenwirkung derjenigen zu nähern, die bei einer Belastung gegeben ist. Ungleichartiges Miteigentum kann bis zu einem erheblichen Grad den Typ begrenzter Rechte ersetzen."<sup>48</sup>

Gezien de bres die een gemeenschap met ongelijksoortige aandelen kan slaan in de *numerus clausus*, behoort de gemeenschapsregeling strikt in de door de wetgever bedoelde zin te worden uitgelegd. Ongeacht de gelijkenissen tussen de beperkte rechten en het aandeel in een gemeenschappelijk goed vloeit uit de *numerus clausus* voort dat de aandelen in een gemeenschap slechts gelijksoortig kunnen zijn.

De verhouding van de gemeenschap tot de appartementsrechten is minder duidelijk. Een appartementsrecht wordt in de Nederlandse doctrine aangemerkt als een bijzondere vorm van mede-eigendom. Een oud en beproefd alternatief voor het appartementsrecht is dan de 'gewone' mede-

45 Zie VV II bij art. 3:166 (d.d. 22 oktober 1958), PG 3, p. 578: "Wil er van een gemeenschap sprake zijn, dan moeten de deelgenoten gelijksoortige rechten hebben. Dege, die de blote eigendom heeft, en de vruchtgebruiker zijn geen deelgenoten.", en vervolgens MvA II bij art. 3:166 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 578: "Aan het verlangen van de Commissie om in het eerste lid duidelijker uit te drukken dat deelgenoten gelijksoortige rechten hebben, is in het gewijzigd ontwerp tegemoet gekomen. Aldaar is de zinsnede 'wanneer een goed aan onderscheiden deelgenoten toekomt' vervangen door: wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten *gezamenlijk*; men vergelijkte het slot van lid 1 en de aanhef van lid 2 van artikel [6:15]. Een vruchtgebruiker en de bloot eigenaar (hoofdgerechtigde) van een zaak hebben niet *gezamenlijk* één en hetzelfde goed, doch twee verschillende goederen: de een het vruchtgebruik, de ander de eigendom van die zaak. Zie ook Van der Grinten, RM Themis 1960, p. 128."

46 Zie ook WPNR 5280 (1974), p. 684, voor een rapport van de KNB waarin wordt betwijfeld of de nieuwe tekst inderdaad de eis van gelijksoortigheid voldoende naar voren brengt.

47 Zie voor Frankrijk F. Terré en Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000, tome 1, no. 60 (Caquelard c. Lemoine): "Le copropriétaire a *totum in toto, totum in qualibet parte*."

48 Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 21.4, sub b.

eigendomsconstructie op basis van titel 3 7 BW Volgens Van Velten bestaan daartegen echter grote praktische bezwaren, zoals het risico dat krachtens art 3 178 verdeling wordt gevorderd, althans na ommekomst van vijf jaar, het ontbreken van een overlegstructuur zoals een VvE, de kans dat een rechter krachtens art 3 185 BW een wijze van verdeling van de gemeenschap bepaalt, de praktische onmogelijkheid om ten aanzien van een aandeel hypothecaire financiering te krijgen vanwege de complicaties in de executiefase, en het risico dat de Huisvestingswet van toepassing wordt geacht zodat een splitsingsvergunning had moeten worden aangevraagd <sup>49</sup> Principieler is het argument dat hierboven in § 8 2 1 naar voren is gebracht aannemelijk is dat de wetgever heeft beoogd dat het appartementsrecht in titel 5 9 BW exclusieve werking heeft Deze exclusiviteit, die overigens ook op het oude adagium *lex specialis derogat lege generali* gebaseerd zou kunnen worden, kan worden gezien als een implicatie van de *numerus clausus* en het gesloten systeem van het goederenrecht

### 8 2 3 *Alternatieve constructies op basis van rechtspersoonlijkheid*

In sommige situaties biedt het rechtspersonenrecht mogelijkheden om te bewerkstelligen wat goederenrechtelijk complex of onzeker zou zijn Een rechtspersoon vertoont enige verwantschap met mede-eigendom Hierdoor zijn constructies op basis van rechtspersoonlijkheid vooral toepasbaar wanneer verschillende partijen naast elkaar een belang in een goederenrechtelijk recht dienen te verwerven en hun onderlinge verhouding moet worden afgebakend op een wijze waarin niet wordt voorzien door de *numerus clausus* van rechtsfiguren in het goederenrecht Het goederenrechtelijke recht wordt dan toegekend aan de al dan niet speciaal voor dit doel opgerichte rechtspersoon, een *special purpose vehicle*

Een klassiek voorbeeld van het gebruik van een rechtspersoon voor de regulering van goederenrechtelijke verhoudingen biedt de ontstaansgeschiedenis van het appartementsrecht Voordat de wet in 1952 voorzag in een regeling van het appartementsrecht werd in sommige gevallen gebruik gemaakt van rechtspersonen om de gemeenschappelijke eigendomsverhoudingen vorm te geven Nog steeds komen cooperaties en soms ook N V 's voor om een vorm van goederenrechtelijke aanspraak te scheppen met betrekking tot een woon- of bedrijfsgebouw Deze aan-

---

49 A A van Velten, rechtsvraag WPNR 6409 (2000) Zie eerder G Megchelsen, Titel 3 7 een bruikbaar alternatief voor splitsing in appartementsrechten?, in Het nieuwe BW in perspectief, 1990 p 53-107

spraak heeft dan de vorm van een lidmaatschapsrecht, maar zijn vormgeving lijkt sterk op een appartementsrecht <sup>50</sup>

Rechtspersonen worden ook gebruikt om vorm te geven aan time-share <sup>51</sup> Een huis of appartement behoort dan toe aan de rechtspersoon. De statuten beperken de bevoegdheden van de aandeelhouders tot gebruik van het periodiek te gebruiken huis, dat eigendom is van de rechtspersoon.

Rechtsvergelijking met het Engelse recht levert nog een voorbeeld op. Op verschillende plaatsen is de Engelse trust beschreven als een vorm van eigendom in het belang van een ander dan de eigenaar, dat niet vatbaar is voor verhaal door privé-schuldeisers van de trustee. Hoewel de trust bezien vanuit het continentaal-rechtelijke begrippenapparaat een afgescheiden vermogen creëert, is geen sprake van rechtspersoonlijkheid. Bij de vergelijking met het Nederlandse recht wordt vaak een parallel getrokken met de stichting. Bijvoorbeeld de *trust account* voor gelden die worden bewaard voor belanghebbenden kent het Nederlandse recht een pendant in de stichting derdengelden. Krachtens hun beroepsregels zijn advocaten en notarissen gedurende vele jaren verplicht geweest om een dergelijke stichting te hebben, zodat hun cliënten werden beschermd tegen schuldeisers van henzelf. Zo vervult een vorm van rechtspersoonlijkheid de behoefte aan een type goederenrechtelijk recht dat de *numerus clausus* niet te bieden heeft. In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:84 lid 3 BW en later in verband met de ratificatie van het Haags Trustverdrag heeft de wetgever zelf gewezen op het gebruik van rechtspersoonlijkheid als instrument om een met een trust vergelijkbaar resultaat te bereiken, als voorbeeld noemde hij het 'stallen' van onroerende zaken of andere vermogensbestanddelen in een stichting of een afzonderlijke BV met beperkte doelomschrijving, en vermeldde hij het VABEF-stelsel voor bewaring van effecten buiten de reikwijdte van de Wge <sup>52</sup>

Verder wordt in de rechtspraktijk regelmatig gebruik gemaakt van rechtspersonen voor complexe financieringstransacties. Daar waar een *special purpose vehicle* wordt gebruikt, gaat het steeds om een rechtspersoon waarin activa worden ondergebracht. In een securitisation transactie worden vervolgens obligaties uitgegeven om de aankoop van de activa door de spv te financieren. Zo ontstaat een scheiding tussen beheer en belang.

50 A. A. van Velten, 2003, § 8.5 en 10.1

51 A. A. van Velten, 2003, § 11.3.2

52 MvA II Inv. bij art. 3:84 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1202, sub e, een identieke passage is te vinden in MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 6, sub e.

Ook biedt rechtspersoonlijkheid een mogelijkheid om afstand te nemen van het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW, dat de titel voor een overdracht tot zekerheid nietig verklaart, door middel van een soort dubbeldekkerstructuur. De uitvoerige analyse van het Sogelease-arrest in § 7.4 heeft duidelijk gemaakt dat het door de Hoge Raad gehanteerde criterium erop neerkomt dat wordt beoordeeld of de bevoegdheden van de verkrijger met betrekking tot het overgedragen goed zijn gereduceerd tot die welke vergelijkbaar zijn met die van een pand- of hypotheekhouder. Bij de dubbeldekkerstructuur is de verkrijger een spv, die verder geen beschikkingshandelingen met betrekking tot het overgedragen goed zal verrichten. Wanneer het krediet keurig wordt terugbetaald, maar ook wanneer sprake is van verzuim, gelden bijzondere afspraken voor de financier. Hij moet dan de aandelen in de spv overdragen aan de oorspronkelijke eigenaar van het goed, dan wel, ingeval van verzuim, de aandelen in de spv verkopen en een overschot van de opbrengst afstaan aan de oorspronkelijke eigenaar van het goed. Dit goed blijft dus van de spv waaraan het goed is overgedragen; de executiehandelingen betreffen de aandelen in de spv. Juridisch is er een wereld van verschil tussen de aandelen en de lidmaatschapsrechten in een rechtspersoon en de activa van die rechtspersoon. De goederenrechtelijke beperkingen van de handelingsvrijheid betreffen dus niet het overgedragen goed, maar zijn aandelen. De rechtspersoonlijkheid van de verkrijgende entiteit schuift een scherm tussen het overgedragen goed en het belang daarin. Daarmee wordt het onderpand voor het verschaft krediet een ander goed dan het overgedragen goed. Naar de letter van het Sogelease-arrest genomen lijkt de constructie aan de rechtsgeldigheid gestelde criteria te voldoen.

Een rechtspersoon als beperkt gerechtigde kan wellicht ook van nut zijn om duurbependingen voor de verschillende typen goederen te vermijden; bijvoorbeeld voor het vruchtgebruik dat is toegekend aan een rechtspersoon geldt op grond van art. 3:203 BW een andere dwingendrechtelijke eindtermijn dan een vruchtgebruik toegekend aan een natuurlijke persoon of aan twee natuurlijke personen na elkaar.<sup>53</sup> Denkbaar is ook dat een goed wordt overgedragen aan een spv die gaat fungeren als moedergerechtigde. De spv kan dan een pakket contractuele bevoegdheden en verplichtingen toekennen aan de quasi-beperkt gerechtigde, dat niet in de

---

53 Vgl. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 23 9 f. "Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß die unvererblichen und unveräußerlichen Rechte (Nießbrauch und persönlich beschränkte Dienstbarkeiten) durch Verbindung mit einer juristischen Person als Rechtsträger dem Einfluß individueller Beendigungsgründe entzogen und, soweit die Anteile an diesen Rechtsträgern (G m b H, Gewerkschaft) veräußerlich sind, auch selbst veräußerlich werden können."

vorm van een goederenrechtelijk recht zou kunnen worden gegoten. Het belang van een spv als moedergerechtigde is een mate van versterking van de slechts obligatoire positie van de quasi-beperkt gerechtigde, doordat de rechtspersoon een mate van zaaksgevolg ten behoeve van de quasi-beperkt gerechtigde imiteert, naast zijn belang bij een afgescheiden vermogen. Door een goed in een spv te stoppen, kan ook de verhandelbaarheid van dat goed worden beïnvloed, dan gaat het regime voor de overdraagbaarheid van aandelen in het voor de spv gekozen type rechtspersoon gelden, hetgeen mogelijkheden biedt voor verruiming of beperking van de verhandelbaarheid van het belang.

Voor een verdere verkenning van de mogelijkheden die het gebruik van een rechtspersoon kan bieden zonder de context van een concreet geval uit de praktijk, schiet de fantasie tekort. Hier kan worden volstaan met de algemene constatering dat de figuur van de rechtspersoon het goederenrechtelijk instrumentarium soms kan aanvullen en de beperkingen van het goederenrechtelijk systeem soms kan verzachten of vermijden. Een rechtspersoon heeft dan in sommige gevallen de functie om vermogensscheiding te bewerkstelligen en in andere gevallen de functie om een bijzondere regeling van de onderlinge verhoudingen van de belanghebbenden bij een goed van die rechtspersoon mogelijk te maken. Er lijkt weinig reden om te twifelen aan de rechtsgeldigheid van structuren op basis van een rechtspersoon, ook wanneer daarmee een omtrekkende beweging rond de *numerus clausus* in het goederenrecht wordt gemaakt.

#### 8 2 4 *Levering onder ontbindende voorwaarde*

##### 8 2 4 1 *Simulerende constructies*

Een levering onder ontbindende voorwaarde heeft bijzondere rechtsgevolgen: vervulling van de voorwaarde heeft goederenrechtelijk effect.<sup>54</sup> Het geleverde goed valt van rechtswege terug aan degene die heeft geleverd, ook in geval van vervulling van de ontbindende voorwaarde tijdens faillissement van degene aan wie is geleverd. Dit geldt zowel voor een voorwaardelijke levering ter overdracht als voor een voorwaardelijke levering ter vestiging van een beperkt recht.<sup>55</sup> De levering onder ontbindende voorwaarde is een constructie van goederenrechtelijke aard die nog grotendeels ongekennde mogelijkheden lijkt te bieden om wettelijke res-

---

54 Zie § 7:62:1

55 Gezien de schakelbepaling in art. 3:98 BW past het gebruik van de term levering in het kader van de vestiging van een beperkt recht in de opzet van afd. 3:42 BW. Zie ook uitdrukkelijk HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m.nt. WMK (Potharst/Serree).

tricties voor de beperkte rechten te omzeilen of anderszins te ontkomen aan bepaalde rechtsgevolgen van de gebruikelijke constructie.

De overdracht onder een ontbindende of een opschortende voorwaarde is door de wetgever zelf genoemd als een middel om een met een trust vergelijkbaar resultaat te bereiken.<sup>56</sup> Aertsen heeft deze constructie nader uitgewerkt als een overdracht aan een beheerder onder een ontbindende voorwaarde die in vervulling gaat op het moment dat de beheerder failliet wordt verklaard, op het moment dat ten laste van de beheerder beslag op de overgedragen goederen wordt gelegd en op het moment dat de beheerder de goederen in strijd met de beheersafspraken vervreemdt.<sup>57</sup> Hoewel de wetgever in 1985 repte van "een onder het nieuwe wetboek toegelaten figuren, waarbij met zaaksgevolg het belang bij een goed aan de een en het beheer aan een ander toekomt", betwijfelt Aertsen of deze constructie rechtsgeldig is, niet alleen in het licht van het verbod van de fiducia cum amico in art. 3:84 lid 3 BW, maar ook in het licht van de paritas creditorum. De constructie van de overdracht onder ontbindende voorwaarde is er immers feitelijk juist op het gericht het overgedragen goed buiten het voor verhaal vatbare vermogen van de verkrijger te houden.<sup>58</sup>

In dezelfde passages heeft de wetgever ook een verband gelegd met de overdraagbaarheid van goederen. Denkbaar is een overdracht onder de ontbindende voorwaarde dat de verkrijger het goed overdraagt aan, bijvoorbeeld, een Rooms-Katholiek. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk vermeld dat de voorwaarde "niet zo ver mag gaan dat zij kan worden opgevat als een op grond van art. 3:83 lid 1 BW niet toegelaten uitsluiting van de overdraagbaarheid". Het lijkt onzeker of daarvan sprake is in geval van een anti-paaps - of anti-semitisch of anti-islamitisch - beding, zij het dat ongetwijfeld sprake is van een beding dat nietig is op grond van art. 3:40 BW, wegens strijd met de grondwet, de openbare orde en de goede zeden.<sup>59</sup>

---

56 MvT bij de Wet conflictenrecht trusts (d.d. 25 februari 1993), 23 027, nr. 3, p. 6, sub d; een identieke passage is reeds te vinden in MvA II Inv. bij art. 3:84 (d.d. 29 januari 1985), PG Inv. 3, p. 1202.

57 D.W. Aertsen, *De Trust*, diss. Nijmegen, 2004, § 4.5.8.

58 De Nota II Voortgang bij titel 3.6 (1983), PG Inv. 3, p. 1273, vermeldt de overdracht die niet het gevolg heeft dat het overgedragen goed in het voor verhaal beschikbare vermogen valt, als een niet werkelijke overdracht die ten prooi valt aan het fiducia-verbod. Vgl. het Sogelease arrest.

59 Om dezelfde reden moet ook de bevoegdheid van bijvoorbeeld een erfverpachter tot opzegging van het recht van erfpacht in geval van een dergelijke overdracht nietig worden geacht, of althans de uitoefening ervan in beginsel in strijd met art. 3:13 BW. Ook nietig is m.i. een toestemmingsbeding als bedoeld in art. 5:91 BW voor zover het een dergelijke strekking heeft. Deze situatie is niet denkbeeldig; zie A.A.

Verder is denkbaar dat een genotsrecht voor bepaalde tijd wordt nagebootst in de vorm van een eigendomsoverdracht onder de ontbindende voorwaarde van het overlijden van de verkrijger. Een dergelijke voorwaarde komt in de buurt van een overdracht onder tijdsbepaling, waarvoor de titel krachtens art. 3:85 BW van rechtswege wordt geconverteerd in één tot vestiging van een recht van vruchtgebruik. Zeker is het niet, maar wel waarschijnlijk, dat ook 'het leven' een tijdsbepaling oplevert - ook al is niet duidelijk hoe lang het nog gaat duren - die moet leiden tot wettelijke conversie in een vruchtgebruik. De ratio van art. 3:85 BW is immers dat de vervreemder een subjectief recht behoudt in de vorm van een bloot-eigendomsrecht, zodat hij in rechte 'een poot heeft om op te staan' in zijn verhouding tot de tijdelijke verkrijger en zodat hij zijn rechtspositie kan vervreemden of bezwaren.<sup>60</sup> De rechtsgeldigheid van een overdracht onder ontbindende voorwaarde van ommekomst van een bepaalde termijn of van een gebeurtenis waarvan vast staat dat die zal plaatsvinden maar niet duidelijk is wanneer, is daarom in het licht van art. 3:85 BW twijfelachtig.<sup>61</sup>

---

van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12 8, p 437

60 Naar aanleiding van HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 m nt JH (Parkwoningen Hoge Heide) suggereert Klein om in plaats van een plicht tot terugkoop van een verzorgingsflat aan de stichting te kiezen voor uitgifte in erfpacht 'voor een termijn gelijk aan het feitelijk metterwoon bewonen door de erfpachter en diens eventuele echtgenoot' Zie W M. Klein, *Het erfpachtrecht als wondermiddel?*, in Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p 115-119 Deze suggestie is goed verenigbaar met de strekking en het doel van art 3:85 BW, zoals uiteengezet in § 7.6 3 3

61 De term tijdsbepaling waarvan art 3:85 BW rept, dient dus ruim te worden geïnterpreteerd, uit het systeem van de wet vloeit voort dat daaronder niet alleen valt een vastgesteld tijdstip, maar ook een gebeurtenis waarvan zeer waarschijnlijk, althans zeker, is dat deze op enig tijdstip plaats zal vinden, ook al is nog niet aan te geven wanneer precies Niet acceptabel is dus overdracht onder de voorwaarde dat de eigenaar overlijdt, wel acceptabel is overdracht onder de voorwaarde dat de verkrijger op een vastgestelde datum nog leeft Ook de bedoeling van partijen speelt een rol, meerderjarig worden is op het eerste gezicht een onzekere toekomstige gebeurtenis Partijen kunnen echter bedoeld hebben dat een overdracht in ieder geval effect zal krijgen, ook indien voortijdig overlijden de meerderjarigheid heeft belet Dan gaat het niet om een opschortende voorwaarde, maar om een tijdsbepaling Vgl ten aanzien van een verbintenis onder tijdsbepaling TM bij art 6:38, PG 6, p 170 "Hebben partijen bepaald, dat nagekomen zal worden na het plaatsvinden van een toekomstige gebeurtenis (b v het meerderjarig worden van A), dan kan het twijfelachtig zijn of men met een voorwaardelijke verbintenis dan wel met een verbintenis onder tijdsbepaling te doen heeft De bedoeling van partijen is beslissend, bedoelden zij, dat de verbintenis in ieder geval zou worden nagekomen, dan is de verbintenis onvoorwaardelijk Doet zich nu een bijzondere omstandigheid voor, waardoor de gebeurtenis niet plaatsheeft of geheel onzeker wordt, dan zal de goede trouw in het algemeen eisen, dat de verbintenis wordt nagekomen op het tijdstip,

Verder strekkend is de nabootsing van een goederenrechtelijk recht waar de wet geen ruimte biedt voor verzakelijking. Een verplichting die buiten de in hoofdstuk 6 geschetste perken valt, kan alleen door middel van een kettingbeding worden vormgegeven. Een klassiek voorbeeld is een overeengekomen beperking van de overdraagbaarheid van een goed die derdenwerking mist op grond van art. 3:83 lid 1 BW, bijvoorbeeld een negatieve pledge clause die moet voorkomen dat een goed wordt bezwaard met een zekerheidsrecht. Een kettingbeding moet dan op obligatoire wijze waarborgen dat ook rechtsopvolgers niet in strijd met de obligatoire overdraagbaarheidsbeperking zullen handelen. Een kettingbeding is echter zwakker dan een goederenrechtelijk recht, niet alleen omdat een rechtsopvolger ervoor kan kiezen het beding niet door te geven, maar ook omdat in geval van executoriale verkoop door een beslaglegger of een hypotheekhouder het beding niet overgaat naar de executiekoper.<sup>62</sup> Denkbaar is dat de ontbindende voorwaarde wordt ingezet; bij opvolgende overdrachten zonder doorgifte van het kettingbeding gaat de voorwaarde in vervulling en valt het goed terug aan de oorspronkelijke eigenaar die belang bij het kettingbeding heeft.<sup>63</sup> In feite is sprake van een indirecte beperking van de overdraagbaarheid. In hoeverre een dergelijke constructie verenigbaar is met het goederenrechtelijke systeem en art. 3:83 BW is daarom onzeker.

#### 8.2.4.2 Beteugeling van het Trojaanse paard

De beschreven voorbeelden illustreren de variëteit aan constructies op basis van een overdracht onder voorwaarde. Ze maken duidelijk dat de ontbindende voorwaarde tengevolge van de goederenrechtelijke werking krachtens art. 3:84 lid 4 BW een bres kan slaan in het gesloten systeem. Volgens Zwolve is de goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde een niet denkbeeldige bedreiging voor het in beginsel nog steeds gesloten systeem van beperkte rechten:

---

waarop redelijkerwijs kan worden aangenomen, dat de gebeurtenis zou hebben plaatsgehad, indien de bijzondere omstandigheid zich niet had voorgedaan "

62 Zie § 5.3.3.

63 Er is enige gelijkenis van de versterking van een obligatoir recht, zoals een recht op levering, door middel van hypotheek- en pandrecht. Ook dit middel is genoemd in de parlementaire geschiedenis, t a p , sub a



"De ontbindende voorwaarde vertoont immers in haar goederenrechtelijke werking trekken van een beperkt recht, terwijl de invulling van de concrete inhoud ervan volledig is overgelaten aan de vrije dispositie van partijen."<sup>64</sup>

Deze ruimte voor de partijautonomie in het kader van de voorwaardelijke overdracht is moeilijk te rijmen met de numerus clausus. Indien werkelijk zoveel mogelijkheden bestaan in het kader van art. 3:84 lid 4 BW, heeft deze nieuwe bepaling de potentie van een Trojaans paard.

Bij de bespreking van de voorbeelden bleek echter al dat in veel gevallen redenen voor twijfel bestaan over de rechtsgeldigheid van een constructie op basis van een ontbindende voorwaarde. De grenzen aan de goederenrechtelijke werking van de vervulling van een aan een overdracht verbonden voorwaarde zijn op een rij gezet door Reehuis.<sup>65</sup> Hij stelt dat voorwaarden in hun effect niet in strijd mogen komen met het goederenrechtelijk systeem of anderszins in strijd komt met de openbare orde of de wet, omdat het goederenrechtelijk systeem niet ter vrije dispositie van partijen staat. Ook acht hij het niet mogelijk om te ontkomen aan de numerus clausus; door hantering van voorwaarden kunnen niet allerlei nieuwe 'beperkte rechten' in het leven worden geroepen. Hij vermeldt verder dat een ontbindende voorwaarde niet de facto tot onoverdraagbaarheid als bedoeld in art. 3:83 BW mag leiden. Ook de vervulling van de ontbindende voorwaarde *sec*, die enkel en alleen erop gericht is het goed aan verhaal door derden te onttrekken, ontbeert volgens hem goederenrechtelijk gevolg wegens strijd met de openbare orde en het fiducia-verbod in art. 3:84 lid 3 BW.

Voor Scheltema vormt art. 3:84 lid 3 BW het aanknopingspunt voor al deze beperkingen vanwege het goederenrechtelijke systeem:

"De nadere bepaling van art. 3:84 lid 3 BW is bovendien ook noodzakelijk om de ontbindende voorwaarde aan het gesloten stelsel te kunnen toetsen. de goederenrechtelijke werking die aan het intreden van de voorwaarde is verbonden, is immers in beginsel niet in strijd met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden. Door dit artikel in de wet op te nemen heeft de wetgever dus beoogd te verhinderen dat er goederenrechtelijke bevoegdheden in het leven worden geroepen die in strijd zijn met de rechtspolitieke overwegingen die ten grondslag liggen aan het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden. Het aldus gecreëerde stelsel laat buiten de in de wet genoemde zekerheidsrechten, geen goederenrechtelijk werkende zekerheidsrechten toe, ook niet wanneer daaraan door middel

64 W J Zwalve, *Simplex et perpetuum - Beschouwingen over eigendom en tijd*, 2006, p. 311. A A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 2.4.3, noemt de ontbindende voorwaarde "moeilijk inpasbaar" in het gesloten systeem.

65 Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2006, nr. 123, O K Brahn en W H.M. Reehuis, *Overdracht*, *Mon. Nieuw BW B-6a*, 1997, § 63.

van een ontbindende voorwaarde vorm wordt gegeven. Het 'fiducia-verbod' van art. 3:84 lid 3 BW speelt dan ook een belangrijke rol bij de toetsing van de inhoud van de ontbindende voorwaarde.<sup>66</sup>

Scheltema kent zo aan art. 3:84 lid 3 BW een sleutelrol binnen het goederenrechtelijke systeem toe; de bepaling vormt dan een ankerpunt voor de *numerus clausus*. Zou men de bepaling echter afschaffen, dan gelden ongetwijfeld dezelfde restricties omdat ze voortvloeien uit het stelsel van de wet en de beginselen die daaraan te grondslag liggen.<sup>67</sup>

Hiermee rijst dan de vraag welke beginselen ten grondslag liggen aan het goederenrechtelijk systeem, of met andere woorden, welke bepalingen zodanig de weerslag zijn van de uitgangspunten van het goederenrechtelijk systeem dat daarvan niet afgeweken kan worden en dat ze de kaders vormen waarbinnen vervulling van een voorwaarde goederenrechtelijke werking kan hebben.<sup>68</sup> De overdraagbaarheid van goederen en de *paritas creditorum* zijn al genoemd. Ook art. 3:85 BW, dat in de weg staat aan een tijdelijke overdracht van een goed, zowel volledige als beperkte rechten, kwam al ter sprake.

#### 8.2.4.3 Een voorwaarde en tijdsverloop

Naast art. 3:85 BW blijkt er nog een verband te bestaan tussen de voorwaarde en de tijdsfactor. Dat blijkt uit de regeling van de erfstelling in het erfrecht, niet alleen de met art. 3:85 BW vergelijkbare conversiebepaling in art. 4:136 BW, maar de regeling van de voorwaardelijke erfstelling in art. 4:140 BW. Hierin is bepaald dat een aan een erfstelling toegevoegde ontbindende voorwaarde vervalt wanneer deze dertig jaar na het overlijden van de erflater nog niet is vervuld, en dat een erfstelling onder opschortende voorwaarde geheel vervalt als de opschortende voorwaarde na ommekomst van dertig jaar nog niet is vervuld. Een hiermee strijdig beding is krachtens lid 1 bovendien nietig. Deze erfrechtelijke bepaling

66 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, 2003, p. 371; zie verder o.a. p. 316, 321, 369-372.

67 Zo overigens ook Scheltema zelf, a.w., p. 372: "De goederenrechtelijke werking wordt in beginsel rechtstreeks getoetst aan het stelsel van het goederenrecht. Dat wil zeggen dat een ontbindende voorwaarde geen goederenrechtelijke werking kan hebben als dit tot omzeiling leidt van één van de (andere) beginselen die ten grondslag liggen aan ons goederenrechtelijk stelsel." Zie in dezelfde zin de verwijzingen in de noot bij § 2.1.5. Deze constatering impliceert dat aan art. 3:84 lid 3 BW een veel bredere betekenis kan worden toegekend dat slechts een verbod op fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid. Geen andere bepaling is evenzeer de weerslag van het goederenrechtelijke systeem en de *numerus clausus* als art. 3:84 lid 3 BW.

68 Zie over de beginselen van het goederenrecht § 9.5.1.2.

doet de vraag rijzen of de verklaring voor deze regel gezocht moet worden in de bijzondere erfrechtelijke context, dan wel de bepaling een weer-slag is van een algemener vermogensrechtelijk principe dat voor elke voorwaardelijke levering relevant is. De Toelichting Meijers verschaft een argument voor het laatste:

"Onvervulde voorwaarden mogen de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere laten."<sup>69</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat later nog is gesproken over verkorting van de termijn naar twintig jaar, "gezien de grote mobiliteit van goederen in onze samenleving", maar uiteindelijk is er toch voor gekozen aansluiting te zoeken bij de termijn die krachtens art. 3:203 lid 3 BW geldt voor de maximale duur van een recht van vruchtgebruik ten behoeve van een rechtspersoon.<sup>70</sup> Hierbij is voor het legaat vermeld dat het ontwerp de regel kende dat de erfgenamen of de executeur een gelegateerd goed niet ten nadele van het aan de legataris toekomende recht konden vervreemden of bezwaren, maar deze ontwerpbepaling is later geschrapt omdat een legataris voldoende middelen heeft om zijn persoonlijke recht op levering van het gelegateerde goed veilig te stellen.<sup>71</sup> Dit betekent, in ieder geval voor alle andere vormen van voorwaardelijke makingen dan een voorwaardelijk legaat, dat de ratio van art. 4:140 BW neerkomt op de algemene overweging dat ten aanzien van de rechtstoestand van goederen geen langdurige onzekerheid mag bestaan.

Zwalve ziet in deze bepaling terecht de opkomst van een *rule against perpetuities*.<sup>72</sup> Hiermee verwijst hij naar een oud beginsel van het Engelse en het Amerikaanse recht, dat voorkomt dat goederen in de greep van een 'dode hand' geraten en daardoor voor onbepaalde tijd in meer of mindere mate worden onttrokken aan het maatschappelijk verkeer. Dit beginsel

69 TM bij art. 4:140, PG 4, p. 821, met de vermelding dat verschillende buitenlandse wetgevingen ook een maximumtermijn stellen. Vgl. nog E.M. Meijers, rechtsvragen, WPNR 4035 (1948), p. 178-179, in antwoord op een vraag over een eeuwigdurende residuary trust, ingesteld door een Engelse erflaatster, die mede omvat roerende en onroerende goederen in Nederland: "Voor zover de goederen in Nederland gelegen zijn kan het beheer van een trustee niet langer duren dan dat van een bewindvoerder. Men kan deze termijn van openbare orde achten." Dit antwoord impliceert belangrijke standpunten van IPR: ten eerste vooronderstelde Meijers dat de trustee als zodanig bevoegd is met betrekking tot in Nederland gelegen goederen. Ten tweede wordt de eindigheid in de tijd van beheersconstructies aangemerkt als een beginsel van openbare orde, tegenwoordig voorrangsregel of *loi de police* genoemd.

70 MvA II bij art. 4:140, PG 4, p. 822.

71 MvT (d.d. 17 oktober 1981), PG Inv. 4, p. 2005.

72 W.J. Zwalve, Temporary and Conditional Ownership, in: Property on the threshold of the 21st century, 1996, op p. 342.

ligt ten grondslag een allerlei bijzondere regels van erfrecht en trustrecht, waaronder ook bijzondere wettelijke regels die de Engelse rechter de bevoegdheid geven om in te grijpen en de voorwaarden van een trust te wijzigen.<sup>73</sup> De rule against perpetuities bewerkstelligt dat goederen in ieder geval na verloop weer verhandeld kunnen worden.<sup>74</sup>

De erfrechtelijke context van art. 4:140 BW en de rule against perpetuities maken onzeker of de lijn mag worden doorgetrokken naar alle voorwaardelijke overdrachten. Een argument tegen algemene toepasselijkheid is de bijzondere omstandigheid dat een voorwaardelijke erfstelling in enige vorm uiteraard niet meer kan worden herroepen door de erflater; bij een voorwaardelijke overdracht onder levenden bestaat althans in theorie de mogelijkheid om de vervreemder te verzoeken en soms te dwingen afstand te doen van de voorwaarde. Hier staat tegenover dat de hierboven geciteerde overweging uit de Toelichting Meijers, namelijk dat de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere mag blijven, zeggingskracht heeft voor elke voorwaardelijke overdracht. In ieder geval kan worden geconcludeerd dat de tijdsfactor enige rol kan spelen bij toetsing van een overdracht onder een voorwaarde aan het systeem van het goederenrecht. Het gaat dan meer in het bijzonder om het aan het systeem ten grondslag liggende beginsel dat onzekerheid met betrekking tot de rechtstoestand van goederen in het rechtsverkeer na verloop van tijd moet worden weggenomen, omwille van de verhandelbaarheid van goederen.

### 8.2.5 Conclusie

Een en ander betekent niet dat elke constructie op basis van een voorwaarde bij voorbaat verdacht is: het eigendomsvoorbehoud is uiteraard een wettelijk toegestaan alternatief voor een pandrecht. De voorwaarde

---

73 Zie voor het Engelse recht rapport nr. 251 van de Engelse Law Commission, *The Rules against Perpetuities and Excessive Accumulations*, 1998. Daarover o.a. T.P. Gallanis, *The rule against perpetuities and the law commission's flawed philosophy*, (2000), 59 C.L.J. 284-293. Beroemd is een opstel van Lewis M. Simes, *Public Policy and the Dead Hand*, Thomas M. Cooley Lectures, Sixth Series, University of Michigan, 1955.

74 Vgl. American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Property 2nd (Donative Transfers)*, Volume 1, 1983, Introductory note to Part I, p. 5-11 (reported by A. James Casner), p. 10: "From this review of the diverse purposes served by the rule against perpetuities, it is fair to conclude that the social interest in preserving property from excessive interference with its alienability rests partly upon the necessities of maintaining a going society controlled primarily by its living members, partly upon the social desirability of facilitating the utilization of wealth, and partly upon the social desirability of keeping property responsive to the current exigencies of its current beneficial owners."

betreft dan betaling van de koopprijs en is meestal opschortend, althans op basis van het wettelijke vermoeden in art. 3:92 BW. De voorwaarde vormt in beginsel een in de wet geregelde en derhalve rechtsgeldige basis voor bijzondere constructies om het door partijen beoogde effect te bereiken. Het enkele feit dat min of meer hetzelfde effect ook door middel van vestiging van een beperkt recht zou kunnen worden bereikt, is in beginsel geen reden om het alternatief niet rechtsgeldig te achten.

Duidelijk is wel dat de mogelijkheden niet onbeperkt zijn; bijzondere wettelijke voorschriften, het wettelijke systeem en de daaraan ten grondslag liggende beginselen stellen grenzen. Welke beperkingen precies bestaan, en hoe de wettelijke regels en de daaraan ten grondslag liggende beginselen precies uitwerken op de alternatieve goederenrechtelijke constructies, is in het algemeen nog nauwelijks te zeggen. In het vervolg komen de implicaties en de consequenties nog nader aan de orde. In sommige gevallen zullen wettelijke regimes voor de beperkte goederenrechtelijke rechten analogisch worden toegepast.<sup>75</sup> In andere gevallen zal sprake zijn van nietigheid, soms verzacht door toepassing van het instrument van conversie.

### **8.3 Verbintenisrechtelijke alternatieven**

Het dwingendrechtelijke karakter van de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten kan ook gevolgen hebben voor de mogelijkheden die de betrokken partijen hebben om te kiezen voor een verbintenisrechtelijke constructie om de door hen gewenste verdeling van bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een goed te bewerkstelligen. Er kunnen zich verschillende situaties voordoen.<sup>76</sup> In sommige gevallen een verbinte-

---

75 Vgl. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 21.4, sub c "Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen kann unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen. Der Erfolg ist eine Beschränkung der Erwerberstellung, welche gleichfalls geeignet ist, begrenzte Rechte in ihrer Wirkung zu ersetzen. Der Eigentumsvorbehalt, der heute den Pfandrechtsvorbehalt vertritt, ist eine bedingte Eigentumsübertragung. Aber auch der Nießbrauch ließe sich reproduzieren. Nichts steht im Wege, daß an beweglichen Sachen heute ebenso wie im 9. Jahrhundert ein 'dominium ad tempus vitae' bestellt wird. Die Wirkung wurde freilich, anders als beim Pfandsurrogat, in der Hauptsache keine andere sein, als die der Nießbrauchsbestellung. Ja, wir würden die [gleiche] Rechtssätze wegen der Gleichheit der Interessenlage ohne weiters anwenden. Deshalb ist diese Form der Eigentumsverwendung nicht ublich, aber ihre Möglichkeit ist nicht zu bezweifeln."

76 De vraag of de wet het toelaat dat ervoor wordt gekozen goederenrechtelijk doen wat ook verbintenisrechtelijk kan, is hierboven in § 8.2.1.1 aan de orde geweest bij de bespreking van de vestiging van een uitgekleden variant van een recht van erfpacht om zo het huurrecht te ontwijken.

nisrechtelijk arrangement gebruikt om te doen wat niet goederenrechtelijk kan; het verbintenisrechtelijk instrumentarium vult dan de lacunes in de *numerus clausus* van het goederenrecht. In andere gevallen wordt gebruik gemaakt van een verbintenisrechtelijk arrangement waar ook een goederenrechtelijk recht ter beschikking staat; de verbintenisrechtelijke constructie vervangt dan een van de typen goederenrechtelijke rechten.

### 8.3.1 *Aanvullende verbintenisrechtelijke arrangementen*

De meest voor de hand liggende situatie is die waarin het goederenrecht niet voorziet in de mogelijkheid om een bepaalde bevoegdheid of verplichting met betrekking tot een goed te gieten in een goederenrechtelijke vorm. Dan wordt van belang of het verbintenisrecht een aanvullende rol kan spelen.

Van aanvulling is duidelijk sprake wanneer de betrokken partijen een beperkt goederenrechtelijk recht hebben gevestigd en zij elkaar bovendien aanvullende bevoegdheden of verplichtingen willen opleggen die onvoldoende verband met dat beperkte recht vertonen om daarvan onderdeel te worden. Deze situatie is uitdrukkelijk vermeld in de Algemene opmerkingen over boek 5 in de Toelichting Meijers: behoudens een uitdrukkelijk anders luidende wettelijke bepaling hebben partijen de vrijheid om "bij obligatoire overeenkomst hun rechtsverhouding anders te bepalen, eventueel met werking ten aanzien van hun rechtsopvolgers volgens de regels van het contractenrecht".<sup>77</sup>

Hiermee is niet gezegd of dit ook mogelijk is wanneer er helemaal geen goederenrechtelijk recht kan worden gevestigd als kader voor het nadere verbintenisrechtelijke arrangement met betrekking tot een goed. Het lijkt vanzelfsprekend dat de contractsvrijheid ook dan ruimte biedt voor een arrangement met betrekking tot een goed dat zo is vorm gegeven dat het samenstel van verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen in ruime mate tegenwerpelijk is aan derden.<sup>78</sup> Toch blijft er enige ruimte voor twij-

77 Toelichting Meijers (d d. 25 mei 1955), Algemene opmerkingen over boek 5, punt 10, PG 5, p. 4-5, geciteerd in §§ 6.4 en 6.7 3.1.

78 Vgl. Heck, p. 88, § 23.2 over de toelaatbaarheid van obligatoire constructies: "Bei den nicht aufgenommenen Formen liegt noch keine Missbilligung der Interessenabgrenzung vor. Nur die Rechtsform des dinglichen Rechts wird verjagt, aber nicht der erstrebte Interessengehalt verpont. Es ist dies insofern allgemein anerkannt, als der Inhalt nicht zugelassener dinglicher Rechte obligatorisch gesichert werden kann. Es muß das gleiche aber auch für die Fälle gelten, in denen der Interessengehalt eines nicht aufgenommenen Rechtstyps durch allgemeine Rechtsmittel reproduziert werden kann. Es handelt sich dabei nicht um eine unzulässige Umgehung, sondern um Verfolgung erlaubter Ziele mit erlaubten Mitteln. Dadurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß zwingende Normen des Sachenrechts

fel: wanneer het arrangement is opgetrokken uit een groot aantal kettingsbedingen en boetebedingen, wellicht versterkt met zekerheidsrechten, en zo wordt bewerkstelligd dat dat goed met de rechten en verplichtingen bezwaard is alsof sprake is van een goederenrechtelijk recht, voelt het alsof de *numerus clausus* is ontrokken. Dit kan op bezwaren stuiten wanneer de partijen een situatie in het leven hebben geroepen, waarvoor de wetgever juist uitdrukkelijk geen goederenrechtelijk recht in de wet heeft willen opnemen.

### 8.3.2 *Vervangende verbintenisrechtelijke arrangementen*

Als het goederenrecht wel voorziet in een vorm voor verzelfstandiging van een bepaalde bevoegdheid of verplichting met betrekking tot een goed, kan nog de vraag worden gesteld of het dan toelaatbaar is dat partijen desondanks kiezen voor een verbintenisrechtelijk arrangement. Deze vraag, die zelden wordt gesteld, is aan de orde geweest in een arrest van de Hoge Raad uit 1897, zoals is gebleken uit het overzicht van de Nederlandse rechtspraak in § 2.3.2, maar daarna nooit meer.

In dit arrest werd beslist dat op de in art. 1354 Oud BW bedoelde wijze nooit rechten verleend kunnen worden die, om bestaanbaar te zijn, in de vorm van een zakelijk recht gevestigd zouden moeten zijn.<sup>79</sup> Het ging om een recht van voetpad over een naburig erf, dat niet in de vorm van een erfdienstbaarheid was gevestigd. Het recht werd tegengeworpen aan een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de eigenaar van het naburig erf, omdat de verplichting om het overpad te dulden, die door zijn rechtsvoorganger was aangegaan, hem op grond van art. 1354 Oud BW zou binden. Zowel het Hof als de Hoge Raad oordeelden op deze wijze geen verplichtingen met derdenwerking konden worden aangegaan, als deze verplichting met betrekking tot een goed in de vorm van een zakelijk recht kon worden gevestigd.

Dit arrest uit 1897 heeft veel van zijn betekenis verloren toen in 1905 in het arrest Blaauboer/Berlips werd geoordeeld dat art. 1354 Oud BW helemaal geen grondslag bood voor de tegenwerpelijke van verbintenissen met betrekking tot een goed aan rechtsopvolgers. Hiermee kwam elke wettelijke grondslag voor derdenwerking van verbintenissen te vervallen en kon zich het geval waarin naast de verbintenis ook de vorm van een zakelijk recht bestond voor een dergelijke verplichting, niet meer voordoen.

---

auch solchen Ersatzinstituten im Wege stehen können Diese Problem ist bei der Sicherungsubereignung besonders praktisch."

79 HR 8 januari 1897, W. 6916

Tegenwoordig voorziet de wet zelf in derdenwerking voor een dergelijke verplichting met betrekking tot een registergoed. De wetgever is zich zeer bewust geweest van de gelijkenissen tussen de kwalitatieve verplichting en het recht van erfdiensbaarheid. Voor zover het gaat om een verplichting die in beide vormen gevestigd kan worden, een verplichting tot een dulden of niet doen derhalve, is de keuze ongetwijfeld vrij. Deze keuzevrijheid is in de praktijk ook nuttig, aangezien de rechtsgevolgen niet identiek zijn: een kwalitatieve verplichting is aan actieve zijde in beginsel niet kwalitatief en niet accessoir aan de eigendom van een heersend erf. Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze verschillen kleiner zijn dan ze lijken: het recht dat correspondeert met de kwalitatieve verplichting zal in veel gevallen overgaan op rechtsopvolgers als kwalitatief recht op grond van art. 6:251 BW, en in andere gevallen door cessie.<sup>80</sup>

Het is uiteraard ook mogelijk een ruimere, meer principiële betekenis toe te kennen aan het arrest uit 1897, waarbij het wetstechnische aspect van verbintenissen met derdenwerking minder accent krijgt. Dan ligt in

---

80 De mogelijkheid van cessie van het recht dat correspondeert met de kwalitatieve verbintenis verdient enige aandacht. Voor derdenwerking van de kwalitatieve verplichting is inschrijving in de openbare registers vereist. Vermoedelijk wordt in de notariële akte met naam en toenaam vermeld wie de schuldeiser van de kwalitatieve verplichting is. Er is overigens niets dat uitsluit dat sprake is van een derdenbeding, zodat de schuldeiser een ander is dan de partij die de verplichting bedingt. Wanneer de schuldeiser zijn vordering cedeert op de wijze voorgeschreven in art. 3:94 lid 1 BW, brengt de mededeling de rechthebbende tot het registergoed op de hoogte van het feit dat hij handelingen van een ander moet gaan dulden. Voor derden is echter niet kenbaar wie de schuldeiser tot de kwalitatieve verplichting is, tenzij de cessionaris op grond van art. 3:17 lid 1 sub a BW tot inschrijving van de cessie is overgaan. Om deze reden is in lid 2 van art. 6:252 BW bepaald dat in de notariële akte waarmee kwalitatieve werking aan een verplichting wordt toegekend door de schuldeiser woonplaats in Nederland wordt gekozen, zodat derden de wettelijk soms vereiste kennisgevingen of exploiten kunnen doen; zie hierover nader MvT Inv. bij art. 6:252 (d.d. 28 juli 1981), PG Inv. 6, p. 1819 in verband met MvT bij titel 2 Kadasterwet (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 111. Deze goederenrechtelijke aspecten van een in essentie verbintenisrechtelijke figuur doen de gedachte opkomen dat het overweging verdient een dergelijke vordering aan te merken als een goed dat naar de aard van het recht onoverdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 1 BW. In de praktijk blijkt het overigens ook voor te komen dat de belanghebbende bij de kwalitatieve verplichting zelf ook kwalitatief wordt aangeduid, bijvoorbeeld: een met name genoemde persoon zal met betrekking tot zijn registergoed dulden dat de rechthebbende van het naburige huis gebruik maakt van zijn parkeerplaats. In een dergelijk geval is aannemelijk dat het recht door partijen accessoir is gemaakt aan de eigendom van het huis, zodat het op grond van zijn afhankelijkheid zelfstandig onoverdraagbaar is. Wel rijst hier de vraag wat nog het verschil is met een echte erfdiensbaarheid, en daarmee de vraag of de keuze voor dit half-obligatoire alternatief voor de goederenrechtelijke erfdiensbaarheid wel mogelijk is.



het arrest het algemene uitgangspunt besloten dat langs verbintenisrechtelijke weg niet kan wat goederenrechtelijk mogelijk is gemaakt. Een reden hiervoor zou zijn dat zo wordt voorkomen dat de goederenrechtelijke waarborgen die het betreffende type goederenrechtelijke recht omgeven, worden omzeild. Wanneer het arrest een algemenere lading krijgt, als implicatie van de *numerus clausus*, wordt discutabel of een verbintenisrechtelijk arrangement waaraan door middel van ketting- en boetebedingen derdenwerking is toegekend, terwijl ook een goederenrechtelijk recht beschikbaar is, rechtsgeldig is. Het is niet makkelijk hiervan een voorbeeld te bedenken, maar wellicht wenst een partij afspraken te maken die strekken tot een niet doen met betrekking tot een registergoed, zonder dat die afspraken uit de openbare registers kenbaar zijn.

Als een dergelijk algemeen uitgangspunt zou bestaan, geldt het zeker niet voor alle typen beperkte rechten. De wet zelf voorziet in een overeenkomst van bruikleen naast het recht van vruchtgebruik en het recht van erfpacht. Ook de huurovereenkomst biedt in veel gevallen een wettelijk geregeld alternatief. In dergelijke situaties staat het de betrokken partijen uiteraard vrij te kiezen voor de verbintenisrechtelijke variant, hoewel ook keuze voor een beperkt genotsrecht denkbaar was geweest. Hierbij bestaat dus in beginsel volledige keuzevrijheid, tenzij sprake is van ontduiking van beschermende bepalingen van rechtsregime voor één van de relevante typen rechten. Deze beschouwingen nopen tot een analyse van het leerstuk van samenloop van verschillende wettelijke regimes, waarover nader in § 8.5.1.

### 8.3.3 Een *quasi-verbintenisrechtelijk curiosum*?

Het burennrecht kent een bijzondere bepaling die een rechtspositie creëert die moeilijk onder te brengen is in enige rubriek: het gaat om een "eenzijdige rechtshandeling met zaaksgevolg *sui generis*".<sup>81</sup> Beplantingen zijn krachtens art. 5:42 BW niet geoorloofd binnen een bepaalde afstand van de grenslijn van andermans erf, tenzij de eigenaar daartoe toestemming heeft gegeven. Een sterk vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 5:50 BW, dat vensters en balkons betreft.

Reeds in de Toelichting Meijers is te vinden dat de door de eigenaar gegeven toestemming in beginsel bindend is voor zijn rechtsopvolgers.<sup>82</sup>

81 R.J.J. van Acht, *Burennrecht*, diss. Nijmegen, 1990, nr. 63, p. 129.

82 TM bij de oorspronkelijke, later gewijzigde versie van art. 5:42, PG 5, p. 190: "Ook het enkele feit dat bomen, heggen of heesters geplant zijn - of vensters zijn aangebracht - binnen de verboden zone met toestemming van de toenmalige eigenaar van het naburige erf, ontnceemt volgens het ontwerp aan latere eigenaars van dat erf de

Later is hierbij in de parlementaire stukken uitdrukkelijk vermeld dat de toestemming inschrijfbaar is in de openbare registers als feit dat voor de rechtstoestand van een registergoed van belang is, als bedoeld in art. 3:17 lid 1 sub a BW; zonder dergelijke inschrijving zal een nieuwe eigenaar van het naburige perceel zich onder omstandigheden kunnen beroepen op bescherming tegen onvolledigheid van de registers.<sup>83</sup>

Deze eenzijdige rechtshandeling met zaaksgevolg is op zijn minst merkwaardig. Terecht stelt Van Acht dan ook dat dit geval een uitzondering moet blijven:

"De zakelijke werking van de toestemming brengt naar mijn mening met zich mee, dat men de figuur niet mag uitbreiden buiten de gevallen die de wet in de art. 5 42 en 5 50 voorzien heeft. Dit is in overeenstemming met de door de Toelichting Meijers in de algemene opmerking bij boek 5 NBW uitgedrukte gedachte dat het gehele zakenrecht binnen het wetboek een gesloten systeem vormt. Het onbeperkt toekennen aan rechtshandelingen van gevolgen die tot de normale rechtsgevolgen van zakelijke rechten behoren, zou het gesloten systeem te veel openbreken, ook al zou niet gezegd kunnen worden, zoals in het hier besproken geval, dat de rechtshandeling een *zakelijk recht* strictu sensu in het leven roept."<sup>84</sup>

Het *curiosum* vormt dus de spreekwoordelijke uitzondering die de regel bevestigt.<sup>85</sup>

mogelijkheid om zich tegen de aanwezigheid van de planten of vensters te verzetten, tenzij deze mogelijkheid bij het geven van de toestemming werd voorbehouden en dus het planten of vensters maken krachtens bloot gedogen geschiedde. De vestiging van een erfdienstbaarheid, welke de bevoegdheid geeft planten of vensters binnen de verboden zone te hebben, heeft derhalve deze zin, dat daardoor het bewijs van de toestemming overbodig wordt en de bevoegdheid wordt gegeven de bestaande planten door andere te vervangen."

- 83 MvT bij art. 5:42, PG 5, p. 191 "Volledigheidshalve zij nog aangetekend dat de toestemming van de eigenaar van het aangrenzende erf een rechtshandeling is, die voor de rechtstoestand van een registergoed van belang is, en dus volgens artikel [3 17] lid 1 sub a in de openbare registers kan worden ingeschreven, mitsdien kan de eigenaar van het erf, waarop de bomen, heesters of heggen te dicht bij de grenslijn staan, zich wegens artikel [3 24] niet tegen zijn nabuur beroepen op de door diens rechtsvoorganger onder bijzondere titel verleende toestemming, indien deze niet in de registers is ingeschreven en de nabuur onkundig van haar is. Hetzelfde geldt voor de in artikel [5 50] lid 1 genoemde toestemming", en MvA II bij art. 5 42, PG 5, p. 192 "Voor werking tegenover latere eigenaars voor wie die toestemming verborgen bleef, zal echter inschrijving daarvan in de openbare registers nodig zijn (artikel [3 17] lid 1, onder a jo artikel [3 24])"

- 84 R J J van Acht, a w , nr 63, p 132-133

- 85 Enigszins vergelijkbaar is de door een erfverpachter gegeven toestemming voor vervreemding in het geval dat een toestemmingsbeding als bedoeld in art. 5 91 BW is overeengekomen. H W Heyman, Contents of the Real Right Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law, in Contents of Real Rights, 2004, p. 80 sub 4, heeft de vraag opgeworpen of de gegeven toestemming het recht van

In het licht van dit hoofdstuk is de verleiding groot om een stap verder te gaan en te verdedigen dat de parlementaire geschiedenis op dit punt onjuist moet worden geacht. Naast het wetssystematische argument dat besloten ligt in het citaat uit Van Acht, is een argument te ontleen aan het nergens in dit kader genoemde lid 2 van art. 3:17 BW. Op grond van deze algemene bepaling kunnen feiten die alleen persoonlijke rechten geven slechts worden ingeschreven indien een bijzondere wetsbepaling dit toestaat. Hiermee stuit men uiteraard op een *petitio principii*, want op basis van de parlementaire geschiedenis wordt nu juist algemeen aangenomen dat het gaat om een rechtshandeling met zakelijke werking. Daarvoor bestaan geen goede gronden: niet alleen biedt de tekst van de wet zelf nergens een grondslag voor deze derdenwerking, ook zou er een sterke gelijkenis zijn met het recht van een huurder dat ondanks zijn tegenwerpelijheid aan de rechtsopvolger van de verhuurder evenmin inschrijfbaar is. Hierbij moet worden bedacht dat art. 3:17 lid 2 BW in de weg staat aan de inschrijving van 'huur- en pachtovereenkomsten en andere feiten die alleen persoonlijke rechten geven' als zelfs huur, ondanks de zakelijke werking op wettelijke basis, niet inschrijfbaar is, valt niet te verklaren dat een gegeven toestemming wel inschrijfbaar zou zijn.

Bovendien kent de wet twee alternatieven voor een deugdelijke regeling van de burennachtelijke verhouding met derdenwerking, waarvan er één al in de Toelichting Meijers is genoemd: het gaat typisch om een verplichting van een eigenaar van een dienend erf om te dulden dat de eigenaar van het heersende erf beplantingen op dat erf heeft die te dicht bij de perceelsafscheiding staan.<sup>86</sup> Hiernaast kent de wet de mogelijkheid van een kwalitatieve verbintenis die verplicht tot een dulden. Bezien vanuit de *numerus clausus* valt niet goed in te zien dat hiernaast nog ruimte moet worden geboden aan een verzakelijke eenzijdige rechtshandeling. Waar de wet bijzondere formaliteiten kent voor de vestiging van een recht van erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting, valt moeilijk te accepteren dat een vormvrije eenzijdige rechtshandeling in beginsel zonder

---

de erfverpachter wijzigt en daarmee de vraag of de toestemming zakelijke werking heeft. Op basis van de parlementaire geschiedenis bij art. 5:42 BW mag misschien worden aangenomen dat ook de door een erfverpachter gegeven toestemming op grond van art. 5:91 BW bindend is voor zijn rechtsopvolger. Wel moet worden bedacht dat deze toestemming wat anders van aard is, meer ad hoc en minder permanent.

86 In § 6:63 is toegelicht dat deze erfdienstbaarheid is te beschouwen als een beperking van de eigendom van het dienende erf, aangezien afstand wordt gedaan van een aan *dat* eigendomsrecht verbonden bevoegdheid om op te komen tegen beplantingen op andermans erf.

meer derdenwerking heeft en zelfs onaantastbaar is voor derdenverkrijgers indien de verplichting wordt ingeschreven.<sup>87</sup>

## 8.4 Functiewijziging

In de inleiding is de vraag geformuleerd of het goederenrechtelijk systeem het toelaat dat een wettelijk type goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer een nieuwe functie gaat vervullen. Deze vraag is enigszins merkwaardig in het licht van de beschrijving in § 3.7.2 van de eigenschappen van het pandektistische eigendomsbegrip, die in meer of mindere mate ook alle andere volledige en beperkte rechten kenmerken. In § 3.7.3 is gebleken dat al deze rechten abstract en uniform zijn: de uitoefening van de uit de goederenrechtelijke rechten voortvloeiende bevoegdheden behoeft geen bijzondere legitimatie en zijn niet gerelateerd aan een bepaald maatschappelijk doel. Dit betekent bijvoorbeeld voor het merkenrecht op basis van het arrest Pope's Metaal draadlampen uit 1940 dat de rechthebbende het merk mag gebruiken voor het doel dat hem goeddunkt, mits hij niet onoirbaar handelt.

De vraag veronderstelt echter dat ieder type goederenrechtelijk recht wel een doel heeft dat in de wettelijke regeling besloten ligt. Deze vraag betreft echter niet zozeer de vrijheden van een eigenaar of anderszins gerechtigde om met betrekking tot zijn goed te doen wat hij wil, als wel meer in abstracto de inrichting van de verschillende typen rechten binnen de *numerus clausus* door middel van een op de functies van ieder type goederenrechtelijk recht afgestemd wettelijk regime.

De maatschappelijke betekenis van een type goederenrechtelijk recht is afhankelijk van de wijzen waarop van dat recht in de praktijk gebruik wordt gemaakt. Hetzelfde type vervult verschillende economische en maatschappelijke functies naarmate de context verschilt. Bijvoorbeeld het eigendomsrecht van een huis kan verschillende functies hebben. In de ene situatie beoogt de rechthebbende het woongenot te hebben; in een andere situatie wenst de rechthebbende slechts fiscaal voordeel te trekken uit zijn eigendom; in weer andere situaties wordt beoogd een vorm van zekerheid te verschaffen in de vorm van het eigendomsrecht, ofwel bij wijze van verhaalsrecht (*creditore*), ofwel bij wijze van vermogensafscheiding wegens het faillissementsrisico van degene die feitelijk het genot van die zaak heeft (*amico*).

---

87 Overigens is voor inschrijving een notariële verklaring in de zin van art. 26 Kadasterwet nodig, maar niet een tussen partijen opgemaakte notariële akte, zoals vereist voor de kwalitatieve werking van een verbintenis en voor de vestiging van een erfdienstbaarheid. Zie in het kader van conversie § 8.5.2.5.

De functie van een goederenrechtelijk recht kan bovendien in de loop der tijden veranderen op basis van nieuwe maatschappelijke behoeften. Het recht van erfpacht is daarvan het beste voorbeeld.<sup>88</sup> Waar het aanvankelijk fungeerde als instrument om de ontginning van woeste gronden voor de landbouw te bevorderen, is het later vooral het kader voor gemeentelijke grondpolitiek gaan verschaffen. Inmiddels wordt het recht van erfpacht gebruikt voor fiscaal aantrekkelijke lease constructies.<sup>89</sup>

Dezelfde ontwikkelingen zijn te onderkennen ten aanzien van het recht van opstal.<sup>90</sup> Het gaat dan niet meer om het genot van een opstal, maar op de bevoegdheid de waarde ervan uit te winnen. Verder is in § 8.2.1 gebleken dat het opstalrecht een technisch hulpmiddel is geworden om complexe juridische constructies voor grootschalige bouwprojecten mogelijk te maken; het opstalrecht fungeert dan als kader voor stapeling van andere rechten.

Voor beide rechten geldt dat het type een nieuwe rol in het maatschappelijk verkeer gaat vervullen zonder dat het wettelijke regime voor dat type goederenrechtelijk recht wordt aangepast. Men spreekt van de *Funktionswandel* van de erkende typen goederenrechtelijke rechten.<sup>91</sup>

88 Zie o.a. J. Wolterbeek Muller en J.A. van Hamel, *Praeadvies over de juridische en economische betekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente*, BCN 1909; W.C. Treurniet en W.B. Plantenga, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*, preadviezen BCN 1957; W.M. Kleijn, Het erfpachtsrecht als middel tot ruimtelijke ordening, in *Onderneming en nieuw Burgerlijk Recht*, 1991, p. 279-281; A.A. van Velten, G.M.F. Snyders en W.G. Huijgen, preadviezen KNB 1995; A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal*, 3<sup>e</sup> druk 2002, h. 2 en 3; P. de Haan, *Erfpacht als instrument van privatisering*, NdBW 2004, p. 94-98.

89 H.W. Heyman, Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in: 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysierbundel), 2005, op p. 23, over de financiering van de parkeergarage door middel van erfpachtlease. "Hierbij wordt - kort gezegd - de parkeergarage verkocht en overgedragen aan de financier onder voorbehoud van erfpacht voor de gebruiker. De leasetermijnen worden in de vorm van erfpachtcanon betaald. Deze methode is aantrekkelijk omdat voor de heffing van de overdrachtsbelasting de gekapitaliseerde erfpachtcanon op de waarde van de eigendom die wordt overgedragen in mindering kan worden gebracht (art. 11 lid 2 WBRV). Dit leidt veelal tot het verheugende resultaat dat geen overdrachtsbelasting verschuldigd is."

90 Zie over het gebruik van het opstalrecht als zekerheidsrecht o.a. Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 2006, nr. 668, en A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2006, § 12.5.

91 Het verschijnsel 'Funktionswandel' wordt door L. Timmerman aldus omschreven: "Een eigenaardigheid van het privaatrecht is dat het zich kan wijzigen door een veranderde wetsuitleg of als gevolg van een ander gebruik in de rechtspraktijk van bepaalde figuren zonder dat de wetgeving een expliciete verandering ondergaat.", in zijn preadvies *Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht*, NJV 2000-I, p. 113, met verwijzing naar L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts in: Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, p. 222-223. De term Funktionswandel is algemeen

De wijziging van de functie van een goederenrechtelijk recht berust steeds op een creatieve vervulling van nieuwe maatschappelijke behoeften. In het kader van een studie naar de *numerus clausus* rijst de vraag in hoeverre de Funktionswandel van een goederenrechtelijk recht geoorloofd is. De nieuwe functie waarvoor een bepaald type goederenrechtelijk recht wordt aangewend, leidt in veel gevallen tot een nieuwe invulling van de inhoud van dat recht. Daarbij kunnen fricties ontstaan met de in de wet voor dat type gestelde grenzen.

Ook zonder 'wetstechnische' belemmeringen voor een nieuw type gebruik van een wettelijk type is echter niet evident dat elke functiewijziging aanvaardbaar is. De *numerus clausus* betekent dat de wetgever een bewuste keuze heeft gemaakt van de in de wet te regelen typen goederenrechtelijke rechten. Daarbij moet hij zich een beeld hebben gevormd van de functie die elk type in het maatschappelijk verkeer heeft, en van de maatschappelijke behoeften die ermee worden vervuld. Het spectrum aan goederenrechtelijke rechten berust in principe op een rechtspolitieke keuze van de wetgever. De maatschappelijke functie van een goederenrechtelijk recht maakt daarom deel uit van de in de wet dwingend geregelde inhoud van elk type. De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is ook bij wijziging van de functie van de tot dat systeem behorende typen rechten in het geding. De aanvaardbaarheid van een functiewijziging is derhalve een aspect van mogelijkheden tot ontwikkeling en aanpassing van het goederenrechtelijk systeem. De richtlijnen die daaraan sturing kunnen geven, spelen eveneens een rol bij de beantwoording van de vraag in hoeverre een nieuw soort gebruik van een bepaald type goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer ruim baan mag krijgen. Waar nodig kan de wetgever dan overgaan tot aanpassing van het wettelijk regime, zodat dat type recht meer geschikt wordt in de legitieme nieuwe behoeften in het rechtsverkeer.

## 8.5 Samenloop

### 8.5.1 *Algemene inleiding*

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat in de rechtspraktijk wordt aangenomen dat de verschillende typen goederenrechtelijke rechten tot op zekere hoogte inwisselbaar zijn, met elkaar en met verbintenisrechtelijke arrangementen. Deze inwisselbaarheid veronderstelt een vrijheid om te

---

gangbaar in de Duitse literatuur, zowel waar het gaat om de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten, als elders in het recht.

kiezen in welke vorm partijen de toekenning van een bevoegdheid met betrekking tot een goed wordt gegoten. Het kan dan gebeuren dat een beperkt recht de kenmerken gaat vertonen van een ander beperkt recht. Eerder is al melding gemaakt van het geval uit de jurisprudentie waarin bij de vestiging van een recht van opstal zonder eindtermijn aan de opstaller ook de bevoegdheid werd toegekend om de vruchten van het bezwaarde erf te genieten naast de vruchten van zijn opstallen. De partijen hebben gekozen voor de vestiging van een recht van opstal en dat recht ook als zodanig benoemd, maar aan dat recht vervolgens eigenschappen toegevoegd die doen denken aan een ander benoemd recht, het recht van vruchtgebruik. Deze gelijkenis is niet zonder praktisch belang, want voor het recht van vruchtgebruik geldt een afzonderlijk rechtsregime met dwingendrechtelijke durbeperkingen.

Doordenkende over de implicaties en de consequenties van de numerus clausus, stuit men op leerstukken die zelden in de context van het goederenrecht worden beschouwd. Allereerst rijst de vraag of de toepasselijkheid van het rechtsregime voor het recht van vruchtgebruik afhankelijk is van de intentie om dit type beperkte recht te vestigen: is een vruchtgebruik alleen een vruchtgebruik als er vruchtgebruik op staat?<sup>92</sup> Deze vraag betreft in wezen de aard van dwingend recht; in het algemeen brengt het dwingende karakter van een rechtsregel mee dat de regel toepasselijk is zodra een rechtsfeit of een rechtshandeling binnen de reikwijdte van die regel valt.<sup>93</sup> Daar waar het recht typen heeft geschapen en daarbij voor ieder type een afzonderlijk rechtsregime, is echter minder zeker dat het dwingende recht van het rechtsregime voor het ene type zich ook opdringt wanneer partijen hebben gekozen voor een ander type. Dan wordt het de vraag of partijen door de naam die zij geven aan hun afspraken, invloed kunnen uitoefenen op het daarop toepasselijke rechtsregime, inclusief de regels van dwingend recht. Zo geformuleerd doet de vraag niet alleen denken aan het wereldberoemde *Alnati*-arrest inzake rechtskeuze in het internationale overeenkomstenrecht<sup>94</sup>, maar ook aan

---

92 Vrij naar de klassieke reclamespreuk voor een snoepmerk.

93 Rechtstheoretisch is het misschien nauwkeuriger om te stellen dat het de - hier dwingendrechtelijke - rechtsregel is die aan een feit of een handeling een rechtsgevolg verbindt.

94 HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3 m.nt. HB, Rev. Crit. de DIP 1967, p. 522 m.nt. AVMS, waarover ook C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, diss. Nijmegen, 2005, p. 218. In dit arrest is in Nederland voor het eerst uitdrukkelijk geoordeeld dat een rechtskeuze ook derogert aan de dwingende regels van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest. Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat rechtskeuze betekent dat een geheel rechtssysteem wordt ingewisseld voor het gekozen rechtssysteem, inclusief de regels van dwingend recht van het gekozen systeem. De associatie is dus gebrekkig.

het verschijnsel van de bijzondere overeenkomsten zoals geregeld in boek 7 BW, die soms ook benoemde overeenkomsten worden genoemd en vroeger ook wel nominaatcontracten. Wanneer een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen krachtens art. 6:215 BW naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, 'behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet'.<sup>95</sup>

In wezen is sprake van samenloop van twee of meer rechtsregels die voor toepassing op één rechtsfeit of rechtshandeling in aanmerking komen. Dit geldt voor alle typen benoemde overeenkomsten en ook voor alle typen goederenrechtelijke rechten. Merkwaardigerwijs wordt het leerstuk samenloop in de literatuur zelden in verband gebracht met het fenomeen van benoemde typen rechtsfiguren, of het nu gaat om een open systeem zoals in het contractenrecht of om een gesloten systeem zoals in het goederenrecht.<sup>96</sup> Het leerstuk samenloop betreft van oudsher vooral onrechtmatig handelen, waarbij in de wet naast de algemene zorgvuldigheidsnorm ook nog een *lex specialis* is neergelegd voor een bijzonder type onrechtmatige daad.

Als partijen een recht van erfpacht hebben gevestigd terwijl het eigenlijk een recht van opstal is, en als partijen een recht van opstal zo hebben aangekleed met aanvullende bevoegdheden dat het eigenlijk ook een recht van vruchtgebruik is, rijst de vraag wat de consequenties moeten zijn. Deze vraag is de vraag welk rechtsregime van toepassing is. Daarbij zijn weer allerlei varianten denkbaar: beperkt recht A blijft beperkt recht A, maar het regime voor beperkt recht B wordt analogisch toegepast. Of: beperkt recht A wordt geconverteerd in beperkt recht B, zodat het recht B is geworden en daarop het regime voor recht B van toepassing is. Of:

---

95 Uiteraard moet eerst worden vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen. Op basis daarvan kan worden bepaald of het overeengekomene voldoet aan de omschrijving van één of meer in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Zie HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers), r.o. 3.4: "Partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, kunnen deze overeenkomst op verschillende wijzen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten."

96 De enige mij bekende uitzondering is het opstel van W. Snijders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W., in: *Speculum Langemeijer*, 1973, p. 453-471.



naast regime A wordt ook regime B toegepast, voor zover het om een gemengd goederenrechtelijk recht gaat. Of: het recht verbindt geen enkel rechtsgevolg aan de handeling van partijen; er is sprake van ongeldigheid en nietigheid. Of: de rechtshandeling tot vestiging van een beperkte recht wordt niet aangemerkt als de vestiging van dat goederenrechtelijke recht, maar als een obligatoire rechtshandeling met betrekking tot een goed, waaruit slechts verbintenisrechtelijke rechten en plichten zonder derdenwerking voortvloeien.

In deze paragraaf worden de genoemde leerstukken nader uitgewerkt in het licht van het goederenrecht en de consequenties van de numerus clausus nader in kaart gebracht, in het bijzonder de mogelijkheden voor toepassing van het leerstuk conversie.

### *8.5.2 Beginselen van samenloop*

Een passende manier om het leerstuk samenloop nader te belichten, is aandacht te besteden aan een arrest uit 2002, dat een goederenrechtelijke setting heeft. Een brandtrap te Naaldwijk leidde tot een burenenrechtelijk geschil, toen amotie werd gevorderd. Een instituut voor computeropleidingen was overgegaan tot verbouwing van zijn appartementsrecht. Enige jaren eerder was met de eigenaar van een naburig perceel overeengekomen dat voor de uitbouw van een keuken ten dele op het perceel van die buurman toestemming werd verleend en een recht van erfdiensbaarheid werd gevestigd. Toen een paar jaar later een verdieping bovenop de uitbouw werd geplaatst en bovendien een brandtrap boven het perceel van de buurman werd gemonteerd in de muur van de buurman, vorderde deze verwijdering. Art. 5:54 BW voorziet voor dergelijke gevallen in een regeling om een dergelijke overbouw te legaliseren, maar die is niet van toepassing wanneer de uitbouwer kwade trouw of grove schuld verweten kan worden. Het instituut verweerde zich met de stelling dat de buurman misbruik maakte van zijn bevoegdheid om amotie te vorderen. De buurman stelde dat art. 5:54 BW een uitputtende regeling gaf voor dergelijke gevallen, het instituut dat daarnaast ook art. 3:13 BW voor toepassing in aanmerking kwam.

De Hoge Raad nam de gelegenheid te baat om het uitgangspunt van het Nederlandse recht voor gevallen van samenloop te verwoorden: van exclusieve werking van een wettelijke regeling kan slechts sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.<sup>97</sup> De omstandigheid dat het instituut niet voldeed aan de voorwaarden van art. 5:54

---

97 HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JBMV (brandtrap te Naaldwijk).

BW, stond niet aan toepasselijkheid van art. 3:13 BW in de weg. Volgens de Hoge Raad kan art. 5:54 BW niet als een *lex specialis* van art. 3:13 BW worden beschouwd, aangezien het toepassingsgebied van art. 5:54 BW slechts gedeeltelijk valt binnen dat van art. 3:13 BW.<sup>98</sup>

De hoofdregel is dus de cumulatieve toepassing van iedere rechtsregel op alle gevallen die zij gezien haar formulering bestrijkt, ongeacht of een andere regel eveneens toepassing kan vinden. Leiden de verschillende toepasselijke rechtsregels tot verschillende rechtsgevolgen die niet gelijktijdig kunnen intreden, dan geldt de vuistregel van alternativiteit: de gerechtigde heeft dan de keuze welke rechtsregel hij inroept.<sup>99</sup> Het cumulatiebeginsel "wijkt slechts in bijzondere gevallen voor exclusieve toepasselijkheid van één rechtsregel; alleen indien zowel cumulatie als alternativiteit in strijd zou komen met het systeem of de strekking van de wet dan wel tot gevolgen zou leiden die logisch onaanvaardbaar zijn, mag aangenomen worden dat de bijzondere rechtsnorm de algemene verdringt".<sup>100</sup> Of een wettelijke regeling een exclusief karakter heeft, is een vraag van rechtsvinding.

Nu dan terug naar het eeuwigdurende opstalrecht met vruchttrekkingsbevoegdheid. De in feite aan de opstaller toegekende bevoegdheden vallen ten dele binnen de omschrijving van het recht van vruchtgebruik in art. 3:201 BW; de bevoegdheid om de vruchten te genieten van het bezwaarde perceel anders dan de opstallen zelf is een bevoegdheid om een goed van een ander te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Gezien deze formulering kan worden gesteld dat de rechtsregels voor het vruchtgebruik dus dit geval bestrijken. Naast deze regels zijn dan ook de regels van het recht van opstal van toepassing, doordat de betrokken partijen hun recht als zodanig hebben aangeduid. De hoofdregel inzake samenloop zou dan leiden tot toepasselijkheid van het regime voor het recht

98 Wat met deze laatste overweging precies is bedoeld, wordt uit het arrest niet helemaal duidelijk. De conclusie van de AG, nr. 15, slot tweede alinea, met verwijzing naar C.A. Boukema, Samenloop, Mon. Nieuw BW, A-21 1992, nr. 24, verheldert dat is bedoeld dat art. 5:54 BW ook voorziet in de bevoegdheid om het rechtsgevolg van legalisatie in te roepen wanneer door de bezwaarde helemaal geen vordering tot amotie is ingesteld en dus van enig misbruik van bevoegdheid geen sprake is. Het toepassingsgebied van art. 5:54 BW valt dus niet geheel binnen dat van de *lex generalis* van art. 3:13 BW. Zou dat wel het geval zijn, dan zou de *lex specialis* door de *generalis* overtroefd kunnen worden in geval van samenloop conform de hoofdregel. Daarom gaat in een dergelijk geval gaat de hoofdregel van zogenaamde cumulatieve toepasselijkheid niet op en geldt bij wijze van uitzondering het adagium *lex specialis derogat generali*.

99 Zie ook HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m nt JH.

100 Aldus A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 14 van haar conclusie voor HR 15 november 2002.

van opstal en het regime voor het recht van vruchtgebruik naast elkaar. Of de uitzondering leidt tot toepasselijkheid van alleen het ene of het andere regime is niet evident: de wet schrijft zulks niet uitdrukkelijk voor en brengt zulks evenmin onvermijdelijk mee. In ieder geval lijkt de algemene leer inzake samenloop niet te zijn toegesneden op de *numerus clausus* van het goederenrecht.

### 8.5.3 *Lessen van art. 6:215 BW*

Wellicht biedt de bijzondere samenloopbepaling in art. 6:215 BW voor de gemengde overeenkomst meer soelaas.<sup>101</sup> Deze bepaling blijkt een weerslag te zijn van de cumulatieleer: de voor elk van de bij de gemengde overeenkomst betrokken soorten geldende bepalingen zijn in beginsel naast elkaar van toepassing. Ook de uitzondering die in art. 6:215 BW is neergelegd, volgt het spoor van de algemene samenloopleer, zij het dat de uitzondering hier iets minder krachtig en daardoor wellicht minder restrictief is geformuleerd: de regel dat beide regels van toepassing zijn, geldt niet, voor zover deze bepalingen 'niet wel verenigbaar zijn' of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen cumulatieve toepassing verzet. Volgens Brunner mag dit alleen worden aangenomen indien de aard en de strekking van het bijzonder contract exclusieve toepassing van sommige bepalingen onvermijdelijk meebrengen:

"Het sterkst denkbare argument om bij verschillend rechtsgevolg van in beginsel toepasselijke bepalingen de ene toe te passen en de andere niet, is m.i. gegeven indien de ene bepaling van dwingend recht is en de andere niet, terwijl door toepassing van de niet-dwingende bepaling een rechtsgevolg wordt bereikt dat de dwingende bepaling beoogde te voorkomen"<sup>102</sup>

De samenloopregel in art. 6:215 BW geldt overigens alleen als de gemengde overeenkomst alle elementen van beide typen benoemde overeenkomsten bevat.<sup>103</sup>

101 Zie hierover C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, serie *Privaatrechtelijke begrippen* deel 7, 2<sup>e</sup> druk 1984, § 2.3, p. 46-49, W. Snijders, *De invloed van boek 6 op het arbeidsrecht*, in: *Onderneming en werknemer*, 2001, p. 1-6, Asser-Hartkamp 4-II, 12<sup>e</sup> druk 2005, nrs. 48-51. Boukema noemt art. 6:215 BW en de gemengde overeenkomst in het geheel niet.

102 Brunner, a.w., p. 49.

103 TM bij art. 6:215, PG 6, p. 872. "Het artikel is slechts toepasselijk als een overeenkomst geheel beantwoordt aan de definitie van twee of meer contractstypen. Is de gelijkenis met een bepaald type onvolkomen, dan is een bepaling als de onderhavige niet nodig, daar de voor dat type gegeven bepalingen dan niet rechtstreeks toe-

De *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten vertoont enige verwantschap met de in boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten. In sommige opzichten is een goederenrechtelijk recht te beschouwen als een overeenkomst waaraan door de wet zakelijke werking is toegekend; in ieder geval vindt het ontstaan van een goederenrechtelijk recht meestal een grondslag in de overeenkomst die de titel voor vestiging oplevert en vervolgens krijgt het recht gestalte door middel van de goederenrechtelijke overeenkomst van vestiging. Ook in praktisch-organisatorisch opzicht is er verwantschap: een stelsel van bijzondere, in de wet geregelde en benoemde typen is voor de partijen in het rechtsverkeer faciliterend: door een bijzonder benoemd type overeenkomst te kiezen, kunnen partijen een gedetailleerde regeling van hun verhouding achterwege laten. Het regime voor de door hen gekozen benoemde soort overeenkomst vult het contract verder in. Ook de *numerus clausus* in het goederenrecht verschaft nadere invulling van het gekozen type goederenrecht, zodat de partijen gedeels kunnen volstaan met vermelding van de naam van het beperkte recht dat zij vestigen.

Aan deze faciliterende rol van benoemde typen zit ook een keerzijde: om de wetgever moverende redenen, meestal bescherming van één van de betrokken partijen en soms een overweging van goede zeden of openbare orde, geeft de wet voor sommige typen bijzondere dwingende bepalingen. Ook het contractenrecht kent voor bijzondere typen bepalingen van dwingend recht. Interessant is nu dat de toepassing van deze dwingendrechtelijke bepalingen van bijzonder contractenrecht wordt gewaarborgd door verschillende soorten strekkingsbepalingen. De klassieke soort strekkingsbepaling is te vinden in bijvoorbeeld art. 7A:1576 lid 3 BW, dat bepaalt de bepalingen inzake koop op afbetaling van overeenkomstige toepassing zijn op overeenkomsten die dezelfde strekking hebben, onder welke benaming of vorm ook aangegaan.<sup>104</sup> Ook de schakelbe-

---

passelijk zijn en eventuele analogische toepassing in het algemeen geheel aan de prudentie van de rechter is overgelaten." Asser-Hartkamp 4-II, a.w., nr. 48, vermeldt ook dat van een gemengde overeenkomst geen sprake is wanneer een bepaald contractstype domineert en een aan een ander contractstype ontleend element daaraan ondergeschikt is. Afwijkend is art. 7:424 BW inzake de overeenkomst van lastgeving: deze samenloopregel van een bijzondere soort verklaart de wettelijke regeling inzake lastgeving van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten die niet geheel voldoen aan de begripsomschrijving voor lastgeving. Deze schakelbepaling creëert dus samenloop waar die er strikt genomen niet is. Asser-Hartkamp, a.w., nr. 51, tekent hierbij aan dat bij gebreke van een voorschrift als art. 7:424 BW de eventuele analogische toepasselijkheid geheel aan de rechter is overgelaten.

104 Vgl. ook art. 7A:1576h lid 2 BW, dat een vergelijkbare bepaling geeft voor de huurkoop, een specialis van de bijzondere overeenkomst koop op afbetaling. Zie ook lid 2 van art. 7:610 BW voor de arbeidsovereenkomst, dat uitmondt in een voorrang-

palingen in het contractenrecht hebben een vergelijkbaar effect in de gespiegelde variant; de wettelijke regeling voor een bepaalde soort overeenkomst worden van overeenkomstige toepassing verklaard op een andere, meestal onbenoemde overeenkomst. De schakel- en strekkingsbepalingen uit het overeenkomstenrecht zijn in wezen bijzondere wettelijke samenloopbepalingen, die enerzijds leiden tot - soms aanvullende - toepasselijkheid van een bijzonder rechtsregime, en anderzijds bedoeld zijn om de doorwerking van dwingend recht te waarborgen.<sup>105</sup> Hiermee geven schakel- en strekkingsbepalingen gestalte aan de uitzondering op het algemene uitgangspunt van cumulatie.<sup>106</sup>

Een groot verschil met het overeenkomstenrecht is echter dat het goederenrecht alleen bijzondere typen kent, terwijl het overeenkomstenrecht ook algemene regels voor het genus overeenkomst als zodanig kent. De *numerus clausus* impliceert dat geen onbenoemde typen bestaan; naast de in de wet geregelde typen bestaan geen tussen- of mengvormen, hoogstens combinaties van zelfstandige en losmakelijke wettelijke typen. Een door partijen gevestigd goederenrechtelijk recht kan dan niet gelijkenis gaan vertonen met een ander type goederenrechtelijk recht. De keuze voor een bepaald type en de benoeming van het gevestigde recht als zodanig zijn voldoende om duidelijk te maken welke set regels - alleen en dus exclusief - toepasselijk is. Bij een strakke *numerus clausus* van onder-

---

regel Ook het genoemde art 7:424 BW inzake de overeenkomst van lastgeving omvat een strekkingsbepaling, aangezien de regeling van lastgeving bepalingen van dwingend recht bevat, die op grond van art 7:424 BW voor toepassing op andere overeenkomsten in aanmerking komen

- 105 Gaat men zoeken naar strekkingsbepalingen in het overeenkomstenrecht, dan valt eigenlijk op dat ze op veel plaatsen ontbreken. Gezien de beschermende bepalingen van dwingend recht zou men bijvoorbeeld in de wettelijke regeling voor de huurovereenkomst, zeker waar het gaat om huur van woonruimte, verwachten dat een overeenkomst die alle eigenschappen van huur vertoont maar onder een andere naam is aangegaan, door middel van een strekkingsbepaling onder de huurregeling wordt gebracht. Kennelijk moet de wettelijke omschrijving van de huurovereenkomst zo worden uitgelegd dat de wettelijke regeling zich opdringt zodra een geval onder de formulering van de huurovereenkomst kan worden gebracht. Verrassend is dit niet echt: het recht is autonoom in die zin dat het zelf bepalend is voor zijn toepasselijkheid, het etiket dat door justitabelen is gebruikt, is hoogstens een indicatie voor degene die de wet toepast. Vergelijk ook de vele bijzondere overeenkomsten in boek 8 BW. De vele bepalingen die nietigheid van bepaalde bedingen afkondigen, zouden zonder betekenis zijn als de omschrijving van het bijzondere subtype overeenkomst waarvoor die regeling is opgesteld, niet dwingend zou zijn.
- 106 Het tegengestelde effect hebben de vele '(zelf)wegcijferende' samenloopregels in het contractenrecht, die de reikwijdte van een regeling beperken om samenloop met een andere regeling te voorkomen. Zie bijvoorbeeld art 8:80 lid 2, 8:92, 8:372, 8:374 en 8:577 BW.

ling scherp afgebakende typen goederenrechtelijke rechten met duidelijke onderlinge verschillen doet samenloop zich dus niet voor.

Echter, bij nadere beschouwing is gebleken dat de invullingsvrijheid met de invoering van het nieuwe BW zozeer is vergroot dat partijen door beperking of door aanvulling van de inhoud subtypen kunnen creëren. Met name in de regeling van het recht van erfdienstbaarheid valt op dat de wettelijke begripsomschrijving betrekkelijk generiek is geworden; de bijzondere in het oude BW benoemde subtypen zijn als zodanig uit de wet geschrapt. Ook voor alle andere typen goederenrechtelijke rechten, vermoedelijk niet alleen de genotsrechten maar ook de zekerheidsrechten, geldt echter dat partijen de mogelijkheid hebben om aanvullende bevoegdheden en verplichtingen tot onderdeel van een goederenrechtelijk recht te maken. De vergrote invullingsvrijheid heeft dus geleid tot 'generisering' van de wettelijke typen goederenrechtelijke rechten; de typen hebben hun 'speciale' eigenschappen ten dele verloren en zijn normaaltypen geworden, waarbinnen nieuwe benoemde of onbenoemde subtypen kunnen ontstaan.<sup>107</sup> Door de algemene verruiming van de mogelijkheden om de inhoud van een goederenrechtelijk recht nader af te bakenen of aan te vullen - het door sommigen zo genoemde half-open stelsel -, is het leerstuk samenloop voor het goederenrecht van belang geworden.

Dit betekent dat voor het goederenrecht samenloopregels ontwikkeld moeten worden. Het gaat dan vooral om samenloopregels die nader gestalte geven aan de uitzondering op het uitgangspunt van cumulatie door te bepalen dat een wettelijke regel voor een bepaald type goederenrechtelijk recht voorgaat boven de eveneens toepasselijke regels voor een ander type. Het voorbeeld van het eeuwigdurende recht van opstal met aanvullende vruchttrekkingsbevoegdheid toont aan dat toepassing van de regels voor de termijn van een recht van opstal onverenigbaar zou zijn met toepassing van de duurbepalingen voor een recht van vruchtgebruik. Extra complicerend is nog dat in het recht van erfpacht ook een ander genotsrecht bestaat, dat eeuwigdurend kan zijn *en* een bevoegdheid tot vruchttrekking impliceert. Naast het regime voor het recht van vruchtgebruik dingt dus ook de regeling van het recht van erfpacht mee in de concursus van wettelijke regels.

De wetgever blijkt zich op één plaats te hebben uitgelaten over de gevolgen die de vergrote vrijheid tot invulling van de beperkte rechten kan

---

107 Vgl. A.J.H. Pleysier, Een geheimzinnige eigendomsvorm bij het opstalrecht, De Notarisklerk 1283 (1991), nr. 3: "Ik acht het voorstelbaar dat een recht zózeer wordt ingeperkt dat in feite het recht zich als een ander zakelijk recht gaat gedragen ofwel zelfs een ander zakelijk recht ontstaat (bijvoorbeeld een servituut) of misschien wel helemaal niets. Mijn fantasie schiet bij het laatste echter te kort."

hebben. In het kader van het recht van erfpacht is in de memorie van antwoord aandacht besteed aan de consequenties van de schrapping van het oude vereiste van een verplichting tot betaling van een canon als wezenskenmerk van het recht van erfpacht. Met de schrapping van de canonverplichting als constitutief vereiste verviel ook een belangrijk onderscheidend kenmerk ten opzichte van het recht van vruchtgebruik, dat van oudsher geen plicht tot periodieke betaling van een vergoeding kent. Beide beperkte rechten scheppen immers in beginsel een bevoegdheid tot vruchttrekking van andermans zaak. In de memorie van antwoord is dit afgrenzingsprobleem enigszins gebagatelliseerd:

"Gevaar dat in verband met de afgrenzing van erfpacht tegenover andere zakelijke rechten, b.v. vruchtgebruik, als gevolg van dit nieuwe systeem moeilijkheden zullen ontstaan, acht de ondergetekende niet aanwezig. Mochten zij zich ooit voordoen, dan zal beslissend zijn welk recht partijen blijkens de akte van vestiging hebben willen vestigen. Is dat een recht van vruchtgebruik, dan zijn uitsluitend de bepalingen betreffende vruchtgebruik van toepassing (hetgeen meebrengt dat het recht eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker of, als deze een rechtspersoon is, bij ontbinding daarvan en in ieder geval na 30 jaren, zie artikel [3.203]) Is daarentegen een recht van erfpacht bedoeld, dan zijn uitsluitend de bepalingen van erfpacht van toepassing."<sup>108</sup>

De uit de vestigingsakte kenbare keuze van de partijen is bepalend, zo is hier door de wetgever onomwonden gesteld. In de terminologie van het leerstuk samenloop is hiermee gekozen voor de vuistregel van alternativiteit: de partij die een recht of bevoegdheid pretendeert te hebben, waarvoor een grondslag kan worden gevonden in twee of meer regels, is vrij te kiezen op welke regel zij zich beroept. Het gekozen rechtsregime zal dan exclusief van toepassing zijn, in afwijking van de hoofdregel voor samenloop zoals ook neergelegd in art. 6:215 BW.<sup>109</sup>

In het licht van de numerus clausus en de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem is deze passage discutabel - het kan eigenlijk niet waar zijn dat partijen volledig vrij zijn om zelf te kiezen welk regime van toepassing is. De vergroting van de vrijheid om de beperkte rechten zelf

108 MvA II bij art. 5 85 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 302.

109 Vgl. W. Snyders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W., in: Speculum Langemeijer, 1973, p. 458, met een beroep op het gesloten stelsel. "Ook een zakelijk recht - mogelijk door partijen onbenoemd gelaten - kan de in de wet omschreven kenmerken van meer zakelijke rechten tegelijk vertonen. (...) De oplossing van art. 6:215 is hier niet goed bruikbaar als gevolg van het gesloten stelsel van zakelijke rechten dat in het ontwerp in beginsel gehandhaafd en meebrengt dat zakelijke rechten slechts bestaanbaar zijn in een vorm die de wet kent. Ook mengvormen zal men daaraan moeten toetsen. In zoverre kan men hier spreken van exclusiviteit. Moeilijkheden heeft dat tot nu toe nog niet gegeven."

nader in te vullen en af te bakenen en vooral om aanvullende bevoegdheden en verplichtingen tot onderdeel van het beperkte recht te maken, heeft zoveel ruimte gecreëerd om binnen het regime van een gekozen beperkt recht een maatpak te laten snijden, dat bewuste ontduiking van de dwingende beperkende bepalingen voor een ander type recht een praktisch realistisch scenario is geworden.

Voor registergoederen is hier nog een rol voor de notaris weggelegd. Krachtens art. 24 lid 2 sub b Kadasterwet dient de notariële akte van vestiging van een beperkt recht of een kwalitatieve verplichting de wettelijke of anderszins de gangbare benaming ervan te bevatten.<sup>110</sup> In de redenering van de wetgever is deze naamgeving beslissend voor het toepasselijke rechtsregime.<sup>111</sup> Eventuele ontduiking van een ander regime zou door de notaris kunnen worden tegengegaan, maar denkbaar is ook dat de betrokken notaris de mogelijkheden zal willen 'benutten'.

Wordt het gesloten systeem van het goederenrecht serieus genomen en waarde gehecht aan de dwingendrechtelijke bepalingen voor de verschillende typen beperkte rechten, dan moet op grond van de *numerus clausus* worden aangenomen dat de naamgeving door partijen niet beslissend is.<sup>112</sup> De aanduiding in de vestigingsakte kan uiteraard wel een grote rol spelen bij de uitleg van wat partijen in de goederenrechtelijke overeenkomst van vestiging hebben bedoeld. Deze gezamenlijke bedoeling van partijen kan echter in het goederenrecht niet bepalend zijn voor de exclu-

---

110 Reeds Snijders, t.a.p., vermeldde in 1973 de mogelijkheid van een regel zoals thans neergelegd in art. 24 lid 2 sub b en lid 4 Kadasterwet, waarover nader § 8.5.2.4. Snijders zag voor een dergelijke regel een grondslag in art. 3.16 lid 2 BW. Als voorbeeld van een geval van mogelijke samenloop vermeldt Snijders nog de bevoegdheid om een - vermoedelijk roerende - zaak op andermans terrein in eigendom te hebben. Deze bevoegdheid zou een erfdiensbaarheid kunnen zijn, maar ook een opstalrecht. Het vereiste van benoeming voorkomt dat onduidelijkheid ontstaat over de aard van het goederenrechtelijke recht dat partijen hebben willen vestigen. Het zou overigens in dit voorbeeld weinig uitmaken.

111 Bij een meer recente wetswijziging is in het geheel geen duidelijkheid verschaft, terwijl een potentieel probleem van samenloop bestaat: in titel 7.2 BW is thans de financiële zekerheidsovereenkomst geregeld. Deze regeling bevat bijzondere bepalingen voor de verpanding van financiële instrumenten of giraal geld aan een financiële instelling. Niet duidelijk is of dit bijzondere regime, dat aanzienlijk meer ruimte biedt voor bij de vestiging overeen te komen aanvullende bevoegdheden dan het klassieke regime voor verpanding in afdeling 3.9.2 BW, alleen van toepassing is indien de verpanding uitdrukkelijk is aangeduid als een financiële zekerheidsovereenkomst.

112 Vgl. Snijders, t.a.p.: "De benoeming zou voor de kwalificatie niet beslissend hoeven te zijn, maar partijen - en de notaris - zouden zijn gedwongen tot een duidelijke keuze op dit punt."



sieve toepasselijkheid van het daarmee gekozen rechtsregime.<sup>113</sup> Waar er goede redenen zijn voor dwingend recht, staan deze rechtsregels in het goederenrecht niet ter vrije dispositie van partijen.

Uiteindelijk komt de ontwikkeling van goederenrechtelijke samenloopregels dan neer op een exegese van het dwingende recht in het goederenrecht, zowel de dogmatische aard van dwingendrechtelijke bepalingen in het algemeen als de specifieke rechtvaardiging voor ieder van dergelijke bepalingen in het goederenrecht afzonderlijk.<sup>114</sup> Eventuele goederenrechtelijke samenloopregels zullen meestal tenderen naar exclusiviteit van een rechtsregime, aangezien in de meeste gevallen de onverenigbare kenmerken van de wettelijke typen in de weg zullen staan aan cumulatieve toepassing. Ook exclusiviteit zal slechts een algemeen richtsnoer zijn dat niet steeds uitsluitel biedt. Hier komt nog bij dat niet altijd evident zal zijn welk van de concurrerende rechtsregimes exclusief toegepast dient te worden.<sup>115</sup> Wellicht dat hier sturing kan worden ontleend aan heteerder geciteerde criterium van Brunner: wanneer door toepassing van een niet-dwingende regel een rechtsgevolg wordt bereikt dat de dwingendrechtelijke

- 
- 113 Een alternatief zou nog kunnen zijn dat extra terughoudendheid wordt betracht bij de beoordeling of een aanvullende bevoegdheid onderdeel uitmaakt van het gevestigde beperkte recht, wanneer die aanvullende bevoegdheid indruist tegen een dwingendrechtelijke bepaling voor een enigszins vergelijkbaar type beperkt recht. Het spoor van de wetgever wordt dan gevolgd, want het voor het gekozen recht toepasselijke regime is exclusief van toepassing, maar binnen de kaders van dat recht wordt een restrictieve benadering gekozen bij de toepassing van het voldoende verbandvereiste voor de afbakening van de inhoud van het gekozen recht, opdat wordt voorkomen dat de dwingendrechtelijke regels voor het min of meer geïmitieerde type doelbewust worden ontdoken. De samenloop van rechtsregels wordt dan vermeden door strakkere toepassing van de numerus clausus daar waar raakpunten met andere typen goederenrechtelijke rechten bestaan.
- 114 Vgl. TM bij art. 6:215, PG 6, p. 872: "Voor dwingend recht is geen principiele uitzondering gemaakt, daar immers enerzijds geen algemene regel kan worden gegeven voor het geval dat een dwingende bepaling met een andere wettelijke regel in strijd komt en men anderzijds evenmin de mogelijkheid kan uitsluiten dat ook een dwingende bepaling op een geval dat onder haar letter valt, niettemin krachtens haar strekking niet toepasselijk is. Deze mogelijkheid is trouwens ook aanwezig buiten het gebied van de gemengde contracten."
- 115 Vgl. MvT Inv bij art. 6:215, PG Inv. 6, p. 1432: "Duidelijk is dat een vuistregel in deze trant in het concrete geval niet meer geeft dan een eerste aanwijzing. Het is ook niet raadzaam voorgekomen verder gaande regels op te stellen, nu zich vele uiteenlopende gevallen kunnen voordoen en het in laatste instantie behoort aan te komen op uitleg van de voor de toepassing in aanmerking komende wetsbepalingen en van de overeenkomst in het kader waarvan zij worden ingeroepen. Deze uitlegproblemen behoren uiteindelijk te zijn voorbehouden aan de rechter."

lijke regel voor een vergelijkbaar type tracht te voorkomen, gaat de dwingende regel voor.<sup>116</sup>

#### 8.5.4 De bijzondere samenloopregel in art. 3:85 BW

Één samenloopregel van bijzondere aard in het goederenrecht is al uitvoerig ter sprake geweest: art. 3:85 BW bepaalt dwingendrechtelijk dat een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd wordt aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een vruchtgebruik op het goed voor de gestelde tijd. Afgezien van de wetstechnisch merkwaaardige ingreep in de verbintenisrechtelijke titel voor levering, betekent de bepaling dat het regime voor een vruchtgebruik van toepassing is. Gezien de aard van eigendom voor bepaalde tijd vertoont het geval ook gelijkenis met de kenmerken van een recht van vruchtgebruik. Naast de regels voor eigendom zijn dan ook de regels voor vruchtgebruik, gezien hun formulering, rechtstreeks van toepassing.<sup>117</sup> Min of meer hetzelfde geldt voor het fiduciaverbod, aangezien fiduciaire eigendom tot zekerheid, zoals in de rechtspraak was ontwikkeld, een geval was geworden waarop de regels van het pandrecht gezien hun formulering toepasselijk waren.

Gezien de in de wet gekozen techniek neemt de bepaling in art. 3:85 BW dit geval van samenloop eigenlijk juist weg. De conversie van rechtswege voorkomt dat op het geval verschillende rechtsregels tegelijk toepasselijk zijn. Wettelijke conversiebepaling zoals die in art. 3:85 BW zijn dus wel aan te merken als een bijzondere categorie samenloopregels, maar deze categorie is erop gericht de exclusieve toepassing van een bepaald rechtsregime te waarborgen.

116 T.a.p. Zie over de ratio van dwingend recht in het algemeen § 6.4 en § 9.4.1.4. Zie over de rechtsgevolgen A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2006, § 12.7.

117 Vgl. ten aanzien van de vraag of een bepaling rechtstreeks dan wel analogisch van toepassing is de TM bij art. 6.215, PG 6, p. 872. "Waar een bepaling, geschreven voor een in de wet gedefinieerd contractstype, wordt toegepast op een overeenkomst die onder die definitie valt, is deze toepassing een rechtstreekse. Het ontwerp onderkent dat de wetgever niet alle gevallen kan overzien en dat daarom in atypische gevallen een wetbepaling niet steeds bindt ( ) doch dit wil niet zeggen dat, wanneer een bepaling in een atypisch geval wel moet worden toegepast, men met analogische toepassing te doen zou hebben."

## 8.6 Conversie

### 8 6 1 Dogmatisch kader

Conversie kan worden omschreven als het toekennen van rechtsgevolg aan een nietige rechtshandeling zoals in feite door partijen is beoogd, maar in een andere vorm dan door hen is overeengekomen. Aangenomen wordt dat de grondslag voor conversie is gelegen in de redelijkheid en billijkheid.<sup>118</sup> Aangezien met conversie is beoogd gestalte te geven aan hetgeen partijen hebben bedoeld, kan ook de partijautonomie worden gezien als een fundament voor conversie. Dit blijkt ook uit de verwantschap van conversie met het leerstuk uitleg.<sup>119</sup>

De dogmatische afbakening van het leerstuk conversie is in de literatuur omstreden. Hijma maakt een onderscheid met het leerstuk partiele nietigheid als bedoeld in art. 3:41 BW, dit zou een kwantitatief nietigheidsprobleem zijn en conversie een kwalitatief nietigheidsprobleem.<sup>120</sup> De vermindering van een prijs vanwege overschrijding van een wettelijk prijsmaximum zou in het licht van dit onderscheid geen conversie zijn maar partiele nietigheid; vermoedelijk dan ook een verkorting van de termijn waarvoor een vruchtgebruik is gevestigd bij overschrijding van art. 3:203 lid 2 BW. Verder stelt Hijma dat van conversie geen sprake is in geval van een benoemingsfout, bijvoorbeeld wanneer partijen een naar inhoud en strekking als huur aan te merken overeenkomst als bruikleen betitelen

118 Aldus MvA II Inv bij art 3 42 (d d 29 januari 1985), PG Inv 3, p 1142 "Bij de handtering van dit artikel zal inderdaad rekening gehouden moeten worden met de rechtsgrond ervan (de redelijkheid en billijkheid), alsmede met de strekking van de wetbepaling waarop de nietigheid van de rechtshandeling berust." Zie ook J W M van der Grinten, in *Onderneming en nieuw Burgerlijk Recht*, 1991, p 83-91

119 Vgl TM bij art 3 42, PG 3, p 194 "Het is de vraag of een bijzonder artikel hier noodzakelijk is, omdat reeds volgens de gewone regels van uitlegging het meerdere het mindere omvat." Zie echter ook E M Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p 235 "Zijn er wetboeken die bij nietigheid van de gekozen rechtsfiguur haar vervanging door een economische bijna gelijkwaardige toelaten, dan is dit geen interpreteren meer, maar een vervanging van het overeengekomene door een surrogaat, hetgeen partijen vermoedelijk zouden gekozen hebben als zij er mede rekening gehouden hadden, dat het overeengekomene onbereikbaar was. Het recht kan natuurlijk een dergelijke vervanging door een surrogaat voorschrijven, het is echter een wijze van rechtsvinding, waarbij de rechter andere beginselen volgt dan bij de uitlegging."

120 Jac Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss Leiden, 1988, hoofdstuk VII

"Het recht negeert zulk een foutieve etikettering voldoet de rechtshandeling geheel (behalve qua benaming) aan de omschrijving van huur, dan is zij juridisch te beschouwen als een huurovereenkomst. In dit type gevallen, waarin niet de overeengekomen rechtsgevolgen als zodanig problemen oproepen doch slechts de gebezigde benaming een onzuivere is, komt het nietigheidsleerstuk - de conversie daaronder begrepen - niet ter tafel. De rechtshandeling is onverminderd geldig, zij heeft de rechtsgevolgen die partijen overeenkomen, en *heet* slechts anders dan men zich had voorgesteld."<sup>121</sup>

Echter, wanneer partijen bewust hebben gekozen voor de benaming bruikleen, juist om de regel 'koop breekt geen huur' te omzeilen, is er naar mijn inschatting meer aan de hand dan foutieve etikettering en is bovendien 'hernoeming' gezien de vereisten voor conversie discutabel. De benadering van Hijma is op dit punt problematisch aangezien de partijen bij de bruikleenovereenkomst waarschijnlijk niet uitdrukkelijk zullen bedingen dat de verplichtingen van de bruikleengever geen derdenwerking zullen hebben. Hierdoor voldoet de overeenkomst slechts schijnbaar ook geheel aan de omschrijving van huur. Wellicht zou Hijma dit leerstuk plaatsen bij het leerstuk samenloop, dat door hem echter niet is behandeld. Art. 3:85 BW noemt Hijma echter wel als een soort conversie.<sup>122</sup> Het verschil met her-etikettering van rechtswege is m.i. nauwelijks te maken.

Het leerstuk conversie kwam in het oude BW niet voor.<sup>123</sup> In het nu geldende BW is het leerstuk neergelegd in art. 3:42 BW, dat luidt:

'Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.'

### 8.6.2 Art. 3:42 BW in goederenrechtelijk perspectief

Op basis van de tekst van art. 3:42 BW is niet evident dat daarop een beroep kan worden gedaan voor de conversie van een bepaald type goederenrechtelijk recht in een ander type. De conversie in art. 3:42 BW betreft immers een nietige rechtshandeling. Het vergt een extra denkstap om hierin ook een nietig goederenrechtelijk recht te lezen. Deze stap wordt

<sup>121</sup> Hijma, a.w., § 7.14

<sup>122</sup> A.w., § 7.20

<sup>123</sup> Conversie is door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme). In dit semi-goederenrechtelijk geschil werd een nietig want voorwaardelijk huwelijksgoederenregime geconverteerd in een obligatoir verrekeningsbeding.

minder groot als men bedenkt dat aan iedere vestiging van een goederenrechtelijk recht door partijen een rechtshandeling ten grondslag ligt. De goederenrechtelijke overeenkomst van vestiging bepaalt het ontstaan en de inhoud van het gevestigde goederenrechtelijke recht.<sup>124</sup> Met vereenzelviging van een rechtshandeling en het rechtsgevolg ervan kan ook ieder goederenrechtelijk recht worden aangemerkt als een rechtshandeling in de zin van art. 3:42 BW.<sup>125</sup>

Steun hiervoor is ook te vinden in de parlementaire geschiedenis, waar als voorbeeld van een nietige rechtshandeling ook de vestiging van een zakelijk genotsrecht door een beschikkingsonbevoegde is genoemd.<sup>126</sup> Hieruit blijkt dat aan art. 3:42 BW in verschillende opzichten een voor het goederenrecht relevante, ruime toepassing moet worden gegeven. Niet alleen omvat de term rechtshandeling kennelijk ook haar rechtsgevolg, namelijk een goederenrechtelijk recht.<sup>127</sup> Ook omvat de term nietigheid mede ongeldigheid ten gevolge van beschikkingsonbevoegdheid.<sup>128</sup>

Vanuit goederenrechtelijk perspectief is mogelijk ook de tenzij-clausule aan het slot van art. 3:42 BW van belang, die geen deel uitmaakte van het oorspronkelijke ontwerp voor de bepaling en die in de literatuur wordt aangemerkt als de redelijkheidstoets. De clausule refereert uitdrukkelijk aan derden.<sup>129</sup> Hun belangen zijn bij uitstek in het geding wanneer de conversie een goederenrechtelijk recht betreft. Hoe de uitzondering precies ingevuld kan worden in dergelijke gevallen, is moeilijk te voorspellen. In abstracto is de situatie denkbaar waarin de derde heeft vertrouwd op de nietigheid van het goederenrechtelijk recht dat partijen beoogden te ves-

---

124 In oudere literatuur was het niet ongebruikelijk om de kwalificatie 'zakelijke overeenkomst' te gebruiken voor elke rechtshandeling die een zakenrechtelijke rechtspositie in het leven riep.

125 Hetzelfde geldt voor art. 3:41 BW: 'Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat.'

126 NvW bij art. 3:42, PG 3, p. 201: "De aanhef van dit artikel is enigszins vereenvoudigd teneinde te doen uitkomen dat nietigheden die zich niet goed lenen om als gebreken van vorm of inhoud te worden opgevat, niet van de werking van het artikel uitgesloten zijn. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat niet voldaan is aan het vereiste van beschikkingsonbevoegdheid voor vestiging van een zakelijk genotsrecht, maar er reden is voor conversie in een overeenkomstig persoonlijk recht."

127 Vgl. Hijma, diss., § 7.34, die voor het oude recht als voorbeeld noemt het geval van conversie van een pandrecht zonder machtsverschaffing in fiduciaire eigendom tot zekerheid.

128 Vgl. Hijma, diss., § 5.07.

129 De wetgever heeft gedacht aan een werknemer, die geconfronteerd is met een opzegging op een te korte termijn. Aangezien opzegging een eenzijdige rechtshandeling is, kan de werknemer worden aangemerkt als een belanghebbende die geen partij was bij de nietige rechtshandeling.

tigen en daarna zelf een concurrerend recht op het betreffende goed heeft gekregen dat door de conversie van het nietige recht van de ander in een rechtsgeldig recht zou worden gefrustreerd. Conversie heeft immers naar haar aard terugwerkende kracht. Dit geval laat zich echter moeilijk concretiseren. Ook is niet evident dat de derde bescherming verdient, aangezien hij de nietigheid kende en dus ook rekening had kunnen houden met toepassing van het leerstuk conversie.

### 8.6.3 Voorwaarden voor conversie

Conversie is een leerstuk dat een rechter ambtshalve toepast, wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

Ten eerste moet sprake zijn van een rechtshandeling die nietig, vernietigbaar of anderszins ongeldig is. Hierboven is al geconstateerd dat het begrip rechtshandeling ruim moet worden verstaan, zodat het ook de goederenrechtelijke meerzijdige rechtshandeling van vestiging van een beperkt recht omvat, evenals het gevestigde goederenrechtelijke recht zelf, en verder dat niet-bestaan wegens ontbreken van beschikkingsbevoegdheid ook valt binnen de reikwijdte van een nietige rechtshandeling. Duidelijk is wel dat sprake moet zijn van enige rechtshandeling. Voor toepassing van conversie is geen plaats als de rechtsgevolgen van een feitelijke situatie of handeling in het geding zijn. Ingeval geen erfdiensbaarheid door verjaring is ontstaan doordat geen sprake is van het daarvoor vereiste bezit, kan conversie niet de grondslag bieden voor het ontstaan van een obligatoire verplichting.<sup>130</sup>

Ten tweede speelt de hypothetische wil van de partijen een rol: de door hen bedoelde strekking van de nietige rechtshandeling moet zodanig gelijken op de strekking van een andere, geldige rechtshandeling dat kan worden aangenomen dat de geldige rechtshandeling zou zijn verricht als niet de nietige rechtshandeling was verricht.<sup>131</sup> In dit criterium gaat een mate van objectivering schuil, zo is aangegeven door de wetgever:

"Het gaat niet zozeer om hetgeen partijen subjectief zouden hebben verklaard als wel om hetgeen objectief omtrent de inhoud en de strekking van de vervangende

130 Aldus de overweging ten overvloede in HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m nt WMK (wateronttrekking te Koewacht), r.o. 3.5.2

131 Vgl in het kader van wijziging van een erfdiensbaarheid op vordering van de eigenaar van het heersende erf MvA II bij art. 5:80, PG 5, p. 285 "de mogelijkheid tot wijziging brengt mee dat de mogelijkheid tot wijziging beperkt blijft tot die gevallen waarin aangenomen kan worden dat, indien partijen met de gewijzigde omstandigheden hadden rekening gehouden, zij aan het servituut een ruimere inhoud zouden hebben gegeven "

rechtshandeling aangenomen moet worden, mede aan de hand van de aard daarvan en van hetgeen door de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid wordt meegebracht."<sup>132</sup>

Het belang van de wil van partijen is ook verwoord in een arrest uit 2002, dat de naweeën van goederenrechtelijke dwalingen met kunstschaten betrof. Na opheffing van de R.K. parochie van Sint Willibrordus te Utrecht in 1967 was de kerk aan de Minrebroederstraat in 1971 door het Aartsbisdom verkocht aan de Lisman van Raay Stichting. De partijen namen hierbij aan dat de inventaris, waaronder het altaar, de doopvont en de preekstoel, eigendom bleef van het Aartsbisdom en kwamen hierover een gebruiksrecht overeen. Deze stichting heeft de kerk met inhoud vervolgens in gebruik gegeven aan de Sint Willibrordus Stichting, die zich ten doel stelde de kerk voor de geloofsgemeenschap te behouden en te kunnen blijven gebruiken. In 1986 is het gebruiksrecht omgezet in een goederenrechtelijke aanspraak door middel van een overeenkomst met verschillende elementen: vestiging van erfpacht met canonverplichting en van een opstalrecht voor het kerkgebouw en verhuur van de kunstschaten. In 1994 kwam de Sint Willibrordus Stichting tot de conclusie dat zij door natrekking eigenaar was van de kunstschaten die zij huurde, met uitzondering van de biechtstoelen. Ongelukkig met de overeenkomst van 1986, ging zij over tot vernietiging van de huurovereenkomst met terugvordering van de reeds betaalde huur.

De Lisman van Raay Stichting verweerde zich onder meer met een beroep op conversie van de wegens dwaling vernietigde huurovereenkomst in een andere overeenkomst, zoals een verkoop onder voorbehoud van economische eigendom, of een onbenoemde gebruiksovereenkomst of anders een hogere canonverplichting voor gevestigde erfpacht. Gezien de verschillende varianten die waren aangedragen, is het Hof niet overgegaan tot conversie, oordelende dat degene die zich op conversie beroept, moet stellen en met argumenten staven welke overeenkomst partijen zouden hebben gesloten als zij zich bewust zouden zijn geweest van de ongeligheid van de door hen gesloten overeenkomst.<sup>133</sup> Dit oordeel vond geen genade bij de Hoge Raad:

---

132 MvA II bij art. 3:42 (d.d. 18 maart 1971), PG 3, p. 199.

133 Vgl. Rb Utrecht, 19 september 1984, NJ 1985, 748, na te hebben vastgesteld dat de bestemming van een pad tot buurweg nietig was: "Het beroep op conversie in de vestiging van een servituut of kettingbeding gaat reeds hierom niet op, omdat niet valt uit te maken, of men - ware men zich indertijd van voormelde nietigheid bewust geweest - daarvoor in de plaats een servituut dan wel een kettingbeding zou hebben gekozen (welke bepaald niet dezelfde werking en rechtsgevolgen hebben). Het beroep op conversie in een persoonlijke verplichting (...) om te dulden, dat (ook)

"Tekst en strekking van art. 3:42 BW brengen mee dat voor toepassing van die bepaling voldoende is dat 'aangenomen moet worden', objectief gezien, dat de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate beantwoordt aan die van een andere, vervangende rechtshandeling. Tot die toepassing is de rechter ambtshalve bevoegd. Weliswaar is het in strijd met art. 3:42 een nietige overeenkomst om te zetten in een overeenkomst die partijen, naar moet worden aangenomen, niet zouden hebben gesloten als zij zich van de nietigheid van de gesloten overeenkomst bewust zouden zijn geweest, en verdient het mede daarom in het algemeen aanbeveling dat de rechter niet van die bevoegdheid in deze gebruik maakt voordat partijen de gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten, maar daaruit volgt niet dat aan een beroep op conversie de hiervoor bedoelde eisen moeten worden gesteld."<sup>134</sup>

Deze rechtsoverweging geeft op verschillende wijzen reliëf aan art. 3:42 BW. De objectivering van de vergelijking van de strekking van de nietige overeenkomst met die van het alternatief is erin terug te vinden, en ook de ambtshalve toepassing van conversie door de rechter. De subjectieve partijwil is wel in die zin bepalend, dat conversie buiten de orde is wanneer duidelijk is dat partijen de alternatieve rechtshandeling zeker niet hebben gewild. Hier komt nog bij dat meer ruimte voor de subjectieve partijwil een grotere rol kan gaan spelen, doordat overwegingen van goede procesorde de rechter dwingen om de betrokken partijen te horen voordat hij tot conversie overgaat. Strikt genomen gaat het om hun wil ten tijde van het verrichten van de nietige rechtshandeling en is dus in theorie denkbaar dat wordt vastgesteld wat zij destijds wilden ook wanneer dat in tegenspraak is met hetgeen een van de partijen desgevraagd tijdens de procedure verklaart. In de praktijk zal de latere subjectieve partijwil een grotere rol gaan spelen. Aangezien het in een procedure steeds om conflictsituaties gaat, is niet waarschijnlijk dat partijen tijdens de procedure eensgezind zijn over hun wil bij het verrichten van de nietige rechtshandeling. Toepassing van conversie wordt dus naar valt te verwachten minder frequent.<sup>135</sup>

Geen voorwaarde voor conversie is overigens dat partijen onbekend waren met de nietigheid van de door hen verrichte rechtshandeling.

---

[een bepaalde derde] van het litigieuze pad gebruik maakt, is in hoger beroep niet gehandhaafd, doch zou overigens hebben gefaald, aangezien in het geheel niet aannemelijk is dat - ware men zich van voormelde nietigheid bewust geweest - daarvoor in de plaats een slechts aan de toenmalige kopers gebonden recht en verplichting zou hebben gewild."

134 HR 22 november 2002, NJ 2003, 34, r.o. 3.8. Zie voor het vervolg HR 23 september 2005, NJ 2006, 100, onder meer over het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen en over samenloop van vernietiging wegens dwaling en een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

135 Zo ook P. Abas, *Leeft conversie nog?*, WPNR 6529 (2003), p. 338: "ook al mocht de conversie dan nog leven, is zij niettemin op sterven na dood".



Aangenomen wordt dat voor conversie ook ruimte bestaat wanneer de partijen de nietigheid van de door hen verrichte rechtshandeling kenden, maar desalniettemin niet voor een alternatief kozen. Of het motief van bewuste ontduiking van een dwingendrechtelijk voorschrift voor een alternatieve rechtshandeling hierbij nog een rol speelt, is onduidelijk en komt hierna nog aan de orde.

In het algemeen vormt een niet-toegestane datum of ongeoorloofde tijdsduur geen beletsel voor conversie, tenzij de datum of tijdsduur een essentieel bestanddeel van de rechtshandeling is.<sup>136</sup> Hier komt nog bij dat blijkens de Toelichting Meijers voorkomen moet worden dat een te korte termijn zonder risico is omdat die termijn door conversie altijd zou worden omgezet naar de wettelijke termijn.<sup>137</sup> Juist dit argument zou een rol kunnen spelen bij het recht van vruchtgebruik, waarvoor een dwingende wettelijke duurbepaling geldt. Partiele nietigheid van de te lange termijn, dan wel conversie in een vruchtgebruik voor de toegestane duur, ligt zo bezien niet voor de hand, tenzij van bewuste en opzettelijke overschrijding duidelijk geen sprake is.

Tenslotte wordt inmiddels algemeen aangenomen dat evenmin een voorwaarde voor conversie is dat de nietige rechtshandeling in zich de bestanddelen van de geldige alternatieve rechtshandeling bevat, zoals in het Ontwerp-Meijers werd vereist.<sup>138</sup> Een dergelijk bestanddelenvereiste zou in de praktische toepassing te vaak aan conversie in de weg staan. Het wordt bovendien moeilijk verenigbaar geacht met de huidige tekst van art. 3:42 BW, dat de strekking van de verrichte rechtshandeling vooropstelt. Het accent op de strekking impliceert dat kan worden geconverteerd in een rechtshandeling die meer rechtsgevolgen dan de nietige, indien deze alternatieve rechtshandeling goed beantwoordt aan de strekking van de nietige. Wat de afwijzing van het bestanddelenvereiste betekent voor het goederenrecht is overigens een mysterie. Kan een nietig goe-

---

136 Vgl. Demolombe IX, 1854, nr. 531: een niet-rechtsgeldige huur voor onbepaalde tijd zou moeten worden erkend als een wel rechtsgeldige huur voor beperkte, namelijk de maximaal mogelijke tijd.

137 Zie een voetnoot in de TM bij art. 3:42, PG 3, p. 194. Het voorgesteld artikel gaat niet zover als het bovengenoemde arrest van 19 November 1948, hetwelk een ongeldige onvoorwaardelijke opzegging van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling omzette in een voorwaarde opzegging met een andere tijdsbepaling. De oorspronkelijke tijdsbepaling werd ongeldig geacht, omdat deze de arbeider niet waarborgde, dat hij nadien nog kon beschikken over de hem toekomende termijn om elders werk te zoeken. Door in een zodanig geval conversie toe te passen, zou men iedere te korte opzeggingstermijn in een wettelijk geoorloofde kunnen omzetten, hetgeen te ver gaat, daar aldus de opzeggende partij met zijn te korte opzegging geen enkel risico loopt. Aldus o.a. NJ 1994, 391 en NJ 1996, 52.

138 Zie Hijma, diss., § 7.28.

derenrechtelijk recht worden geconverteerd in een ander goederenrechtelijk recht, als niet aan alle vormvereisten voor dat andere goederenrechtelijke recht is voldaan? Deze vraag is relevant bijvoorbeeld wanneer conversie van fiduciaire eigendom tot zekerheid in een vuistloos pandrecht aan de orde is, gezien het voor vuistloze verpanding gestelde vormvereiste van een geregistreerde pandakte. Voor toepassing van het leerstuk conversie is essentieel dat duidelijkheid komt te bestaan over de vraag in hoeverre vormvereisten in de weg staan aan conversie. In het vervolg komen nog enige richtsnoeren ter sprake.

#### 8.6.4 Restrictieve conversie

Art. 3:42 BW is niet de enige bepaling in de wet die het leerstuk conversie codificeert. Voor het bijzondere geval van een overdracht voor bepaalde tijd is een conversieregel opgenomen in art. 3:85 BW, dat aan het slot van § 8.5.1 al de revue is gepasseerd als bijzondere samenloopbepaling. Krachtens art. 3:85 BW wordt een verbintenis tot overdracht voor bepaalde tijd aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een vruchtgebruik voor de gestelde tijd en wordt een verbintenis tot overdracht onder opschortende tijdsbepaling aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik voor de vervreemder voor de gestelde tijd. Art. 3:85 BW wordt algemeen aangemerkt als een vorm van conversie.<sup>139</sup> Toch is er een fundamenteel verschil met de conversie in art. 3:42 BW, dat nietigheid of ongeldigheid van een rechtshandeling veronderstelt. De nietigheid van de overdracht voor bepaalde tijd ligt besloten in de conversiebepaling in art. 3:85 BW zelf.<sup>140</sup> De conversie van rechtswege is dus eigenlijk een dwingendrechtelijke conversie: aan de partijen wordt een alternatieve constructie opgedrongen, die voor hen feitelijk wat de vermogensrechtelijke gevolgen betreft op hetzelfde neerkomt, maar dogmatisch een heel andere vorm heeft dan de partijen zelf hadden gekozen. De strekking van art. 3:42 BW is veeleer dat toch een vorm van rechtsgevolg wordt toegekend aan een door partijen verrichte rechtshandeling die op grond van andere wettelijke bepalingen nietig of ongeldig blijkt te zijn. De vorm van conversie in

139 O.a. door Hijma, diss., § 7.20.

140 In § 7.6.3.3 is al uitvoerig aandacht besteed aan de achtergronden van art. 3:85 BW. Op basis daarvan moet worden aangenomen dat de overdracht voor bepaalde tijd een vorm van splitsing van de eigendom oplevert die onverenigbaar is met het systeem van het vermogensrecht. Zo bezien vloeit de nietigheid voort uit het systeem en is de nietigheid dus niet noodzakelijkerwijs te baseren op art. 3:85 BW.

art. 3:85 BW kan worden aangemerkt als restrictieve conversie, terwijl art. 3:42 BW wordt gecategoriseerd als permissieve conversie.

De conversiebepaling in art. 3:85 BW doet juist in het licht van de numerus clausus nog een praktische vraag rijzen: zijn de regels inzake de duur van een recht van vruchtgebruik in art. 3:203 leden 2 en 3 BW van toepassing? Een positief antwoord kan worden onderbouwd met het gegeven dat het recht na conversie van de titel wordt gevestigd als een recht van vruchtgebruik, zodat daarop exclusief het regime voor vruchtgebruik van toepassing is.<sup>141</sup> Een contra-indicatie ligt echter besloten in de tekst van art. 3:85 BW, die de duur van het vruchtgebruik uitdrukkelijk koppelt aan de voor overdracht overeengekomen tijdsduur. Of hiermee is beoogd aan art. 3:203 BW te derogeren, is geheel onzeker. Mocht dat zo zijn, dan biedt art. 3:85 BW aan sluwe partijen een mogelijkheid om de duurbepaling voor vruchtgebruik te ontduiken door in plaats van een vruchtgebruik een overdracht voor de gewenste langere tijdsduur overeen te komen. Deze flagrante schending van de numerus clausus lijkt onverdedigbaar, mede gezien de uitdrukkelijke wens van de wetgever om tijdelijke eigendom uit te bannen en de impliciete wens om geen gesplitste eigendom toe te laten, zeker niet voor langere termijn.<sup>142</sup> Het meest aannemelijk is dus dat de duurbepalingen uit art. 3:203 BW van toepassing zijn.

---

141 In MvA II bij art 3 85 (d d 18 maart 1971), PG 3, p 320, is ingegaan op eventuele bevoegdheid om de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen te vervreemden en verteren. Krachtens art 3 215 BW komt deze bevoegdheid alleen dan aan de vruchtgebruiker toe voor zover de bevoegdheid bij de vestiging is bedongen. In geval van conversie op grond van art. 3 85 BW is hierin vermoedelijk meestal niet voorzien. De wetgever stelt uitdrukkelijk dat de bevoegdheid dan ontbreekt. Alleen indien bij de overdracht onder tijdsbepaling is afgesproken dat de beoogde verkrijger een dergelijke bevoegdheid zou hebben, komt hem die bevoegdheid ook als vruchtgebruiker toe. Dan zullen de regels van art. 3 215 BW hierop van toepassing zijn, zo blijkt t.a.p.

142 Vgl. ook TM bij art 3 38, PG 3, p 185, waar uitdrukkelijk is vermeld dat de behandeling van tijdelijke eigendom als vruchtgebruik minder bezwaarlijk dan voorheen zou zijn, aangezien in het stelsel van het ontwerp de duur van een vruchtgebruik niet meer noodzakelijk aan het leven van een bepaald persoon gebonden behoeft te zijn. Art 3 203 lid 1 BW laat immers toe dat een vruchtgebruik wordt gevestigd ten behoeve van twee of meer personen, mits al deze personen - de 'later geroepen' - op het ogenblik van vestiging reeds bestaan. Uit de passage in de TM valt af te leiden dat de duurregels inzake vruchtgebruik van toepassing dienen te zijn. Praktisch zal dit vooral van belang zijn wanneer het vruchtgebruik wordt gevestigd ten behoeve van een rechtspersoon: de duur is dan op grond van lid 3 beperkt tot 30 jaar na de dag van vestiging. Wanneer een rechtspersoon vruchtgebruiker moet worden, zou een overdracht onder tijdsbepaling dus een praktisch relevante ont-snappingsmogelijkheid kunnen betekenen.

Nauw verwant met de conversie van rechtswege in art. 3:85 BW van de overdracht voor bepaalde tijd is de nietigheid van de fiduciaire overdracht op grond van art. 3:84 lid 3 BW. Beide typen overdracht heeft de wetgever evenzeer uit het rechtsverkeer willen bannen. Uiterlijk verschillen de bepalingen echter aanzienlijk: waar in art. 3:85 BW niet uitdrukkelijk de nietigheid van een overdracht voor bepaalde tijd wordt verwoord, doet art. 3:84 lid 3 BW dit wel voor de fiduciaire overdracht. Anderzijds voorziet art. 3:85 BW in conversie van rechtswege, waar art. 3:84 lid 3 BW in het midden laat of ruimte bestaat voor herinterpretatie van de gewraakte rechtshandeling.<sup>143</sup>

Een vorm van conversie van rechtswege in geval van een nietige fiduciaire overdracht tot zekerheid door middel van herformulering van art. 3:84 lid 3 BW of een bijzondere additionele bepaling is in het wetgevingsproces overwogen. De Kamercommissie voor justitie opperde dat kon worden voorzien in conversie van rechtswege van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid in een pandrecht. Om drie redenen werd dit voorstel verworpen.<sup>144</sup> De minister meende ten eerste dat het de voorkeur verdiende om aan de rechter over te laten om van geval tot geval te beoordelen of binnen de grenzen van art. 3:42 BW reden bestaat voor conversie. Ten tweede meende de minister gezien de complexe aard van transacties waarvan een fiduciaire overdracht deel uitmaakte, dat het voor de wetgever moeilijk te bepalen was tot welke gevolgen conversie precies behoort te leiden. Ten derde zag de minister een rechtspolitek bezwaar, omdat conversie van rechtswege "aan hen die tegen de strekking van de wet in trachten eigendomsoverdracht tot zekerheid te bewerken, de gerustheid zou geven dat zij bij de voor hen minst gunstige afloop toch altijd nog een bezitloos pandrecht zullen realiseren". Juist omdat het fiduciairverbod inging tegen de gevestigde praktijk, opdat "fiduciare zekerheidsoverdrachten wegens de daaraan verbonden gevaren uit ons rechtsleven" worden verdrongen, achtte de minister het rechtspolitek wenselijk dat het risico van nietigheid zou komen te bestaan. Een wettelijke conversiebepaling voor fiduciaire overdracht tot zekerheid zou hierbij niet passen.

Uit deze passage kan voor het fiduciairverbod worden afgeleid dat een beroep op conversie niet uitgesloten is. Wel dient te zijn voldaan aan de voorwaarden van art. 3:42 BW; al vermeld is de vraag of het voor de ves-

---

143 Buiten beschouwing blijft de overgangsrechtelijke conversie van rechtswege van fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid in stil pandrecht krachtens art. 86 Overgangswet. Vgl. ook de partiële conversie van rechtswege van het thans ongedeelde deel van een verlengd eigendomsvoorbehoud krachtens art. 89 Ow

144 MvA II bij titel 3 9 (d d 18 maart 1971), PG 3, p 731

tiging van een vuistloos pandrecht gestelde vormvereiste van een geregistreerde akte in de weg staat aan conversie.<sup>145</sup> Naar mijn mening behoeft dit vormvereiste niet steeds in de weg te staan aan conversie van fiduciaire eigendom tot zekerheid; het accent moet liggen op de strekking van het alternatief en minder op de bestanddelen van de alternatieve rechtsfiguur.<sup>146</sup> De bestanddeelbenadering, die nog te vinden is in het Ontwerp Meijers, is immers later verlaten.

Meer in het algemeen ligt in de passage ook een belangrijke richtsnoer voor toepassing van art. 3:42 BW besloten: bij bewuste ontduiking door partijen van een wettelijke beperking in de veronderstelling dat ze in het slechtste geval na conversie in een minder recht toch nog goed wegkomen, is een ontmoedigingsbeleid op zijn plaats. Opzet staat dus op rechtspolitieke gronden aan conversie in de weg.<sup>147</sup> Deze beperking past goed in de benadering die de numerus clausus ziet als een expressie van de wil van de wetgever.

#### *8.6.5 Gevolgen van de Kadasterwet en het registerstelsel*

Bij een analyse van de mogelijkheden die het leerstuk conversie biedt in het kader van goederenrechtelijke rechten is nog van belang wat in de Kadasterwet is bepaald voor goederenrechtelijke rechten en andere inschrijfbaar rechten met betrekking tot registergoederen. In art. 24 lid 2 sub b Kadasterwet is bepaald dat een ter inschrijving aangeboden akte van levering, vereist voor overdracht van een registergoed en voor vestiging of af-

---

145 Zie voor conversie Ktg. Terneuzen 19 augustus 1998, JOR 1999/43 en Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 1999/126 en Rb. Maastricht 13 juli 1995, JOR 1999/127, beide met noot M.H.E. Rongen.

146 Anders: Rongen, t.a.p. Het argument dat onvoldoende gewicht wordt toegekend aan de strekking en teveel aan de bestanddelen van het alternatief, kan ook worden tegengeworpen aan de opvatting van Faber, in zijn noot bij Rb. Zwolle 5 januari 2000, JOR 2000/135, waar hij ten aanzien van art. 3:268 BW stelt: "een onderhandse verkoop kan zonder de voor een onderhandse executoriale verkoop benodigde goedkeuring nimmer als een executoriale verkoop worden aangemerkt en kan dan ook - zonder die goedkeuring - nimmer in een executoriale verkoop worden geconverteerd."

147 Evenzo: A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, 1994, p. 263. Vermoedelijk anders: Hijma, diss., § 7.30, die zich keert tegen de aanvaankelijk in het ontwerp opgenomen eis van onbekendheid met de nietigheid: "Ook als partijen de nietigheid kenden, blijft immers het gegeven bestaan dat zij een in rechtsgevolgen vertaalbare keuze hebben uitgebracht. Dat men wellicht vermoedde dat het recht aan de handeling niet zijn medewerking zou verlenen, doet aan de waarde van die keuze als zodanig niet af: de afgelegde verklaringen zullen zo mogelijk door het objectieve recht worden doorgevoerd, ook al meenden partijen het zonder zulk een rechtsbijval te moeten stellen."

stand van een beperkt recht daarop, de wettelijke benaming moet bevatten van het recht waarop de levering betrekking heeft. Dit voorschrift is in de wet opgenomen om te voorkomen dat discussie ontstaat over de vraag of een gevestigd recht een opstalrecht, een erfpacht, een erfdienstbaarheid dan wel een kwalitatieve verplichting betreft, volgens de wetgever zijn deze figuren in de praktijk niet altijd gemakkelijk van elkaar zijn te onderscheiden. Het voorschrift is verder van belang geacht met het oog op beperkte rechten als erfdienstbaarheden die bij een overdracht worden gevestigd en in de praktijk soms moeilijk van persoonlijke verplichtingen zijn te onderscheiden.<sup>148</sup> Het vereiste van afzonderlijke vermelding is gesteld uit het oogpunt van rechtszekerheid.<sup>149</sup>

In lid 4 van art. 24 Kadasterwet is een vergelijkbare eis gesteld aan een leveringsakte die strekt tot overdracht van een registergoed onder voorbehoud van een beperkt recht of een kwalitatieve verbintenis in de zin van art. 6:252 BW, de vestiging van dit recht dan wel het beding inzake de kwalitatieve verplichting dient afzonderlijk en duidelijk te zijn vermeld. Lid 4 geeft ook de sanctie op onduidelijke vermelding: de inschrijving van het stuk wordt geacht niet mede dit recht of dit beding te betreffen. Het voorbehouden beperkte recht komt dan niet tot stand, de aanvaarde verbintenis ontbeert derdenwerking.

Deze voorschriften zijn de weerslag van het uitgangspunt dat ten aanzien van registergoederen zoveel mogelijk duidelijkheid en zekerheid moet bestaan. Deze overweging heeft ook de doorslag gegeven bij de keuze van de wetgever om niet langer erkenning te geven aan een erfdienstbaarheid die door bestemming ontstaat doordat een feitelijke toestand wordt voortgezet.

Er dient hier een keuze te worden gemaakt tussen de rechtszekerheid en de billijkheid. Het moge waar zijn dat, indien partijen niet het tegendeel bepalen, zij gewoonlijk zullen bedoelen dat een recht zal bestaan op continuatie van de bestaande feitelijke toestand, dit neemt niet weg dat derden niet de dupe mogen worden van de omstandigheid dat partijen verzuimd hebben hun bedoeling vast te leggen in een akte van vestiging van een erfdienstbaarheid.<sup>150</sup>

148 MvT over art. 24 lid 2 sub b (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 141.

149 MvA II bij art. 24 Kadasterwet, (d.d. 18 mei 1987), PG Kadasterwet p. 144, sub 2, slot.

150 MvA II bij art. 5:63 (5/72), PG 5, p. 262. Vgl. MO, p. 263. De regeringscommissaris merkt op dat de bestemming als ontstaansgrond is geschrapt omdat dit buiten de openbare registers om ging en voor derden volledig verborgen kon blijven en omdat het wenselijk werd geoordeeld deze derden volledig te beschermen door alleen dan een erfdienstbaarheid aan te nemen wanneer zij wordt gevestigd bij akte die in de openbare registers wordt ingeschreven.

Uit deze voorschriften en keuzen van de wetgever moet worden afgeleid dat duidelijke akten en daarmee een betrouwbaar registerstelsel, juist omdat het een negatief registerstelsel is, een hoge prioriteit heeft gegeven. Hiermee rijst de vraag of het voorschrift van een akte waarin het gevestigde of geleverde recht met betrekking tot een registergoed met naam en toenaam wordt vermeld, in de weg staat aan conversie van een nietig recht met betrekking tot een registergoed in een ander goederenrechtelijk recht.

Een tegenargument is dat de wet voorziet in bescherming tegen vormverzuimen. Deze bescherming toont dat het belang van een duidelijke akte niet in alle gevallen als het zwaarst wegend is aangemerkt. In art. 3:22 BW is bepaald dat de geldigheid van een inschrijving in de openbare registers na de inschrijving niet meer kan worden betwist op de grond dat de formaliteiten die voor de inschrijving worden vereist, niet zijn in acht genomen. Deze nogal cryptische wettelijke bepaling, die overigens niet duidelijk maakt of alleen betwisting door de betrokken partijen wordt belet of ook betwisting door belanghebbende derden, lijkt ook de vormvoorschriften uit art. 24 Kadasterwet te beslaan.<sup>151</sup> Blijkens de toelichting bij art. 24 lid 4 Kadasterwet is dit echter niet in alle opzichten het geval:

"Een overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht is mogelijk, mits zowel aan de eisen voor overdracht als aan die voor de vestiging van het beperkte recht is voldaan (...). De tweede zin van het vierde lid geeft nu aan dat ook hier met aanbidding van één akte kan worden volstaan, mits de vestiging van het beperkte recht daarin afzonderlijk en duidelijk wordt vermeld. Is dit onvoldoende duidelijk gebeurd, maar is de akte van levering niettemin ingeschreven, dan behoort dit gebrek niet te worden beschouwd als het ontbreken van een formaliteit als bedoeld in art. 3:22 BW. Uitdrukkelijk is daarom bepaald dat de inschrijving in dit geval geacht wordt niet mede de vestiging van het bedoelde beperkte recht te betreffen, zodat dit niet tot stand komt. In wezen berust deze regel op dezelfde gedachte als tot uiting is gebracht aan het slot van artikel 3:23 nieuw BW, waar er vanuit wordt gegaan dat inschrijving van feiten slechts relevant is, voor zover zij door raadpleging van de registers behoorlijk zijn te onderkennen."<sup>152</sup>

---

151 Het Nader Rapport bij art. 3:22 (d.d. 8 juli 1982), PG Inv. 3, p. 1094, vermeldt het gebruik van een onjuist formulier, een onjuist ingevuld formulier en vermelding van één der partijen met initialen in plaats van voorletters.

152 MvT over art. 24 lid 4 (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 141-142. De verwijzing aan het slot naar de ratio van art. 3:23 BW is later uitgewerkt ten aanzien van persoonlijke rechten in MvA II Inv. bij art. 3:23, sub 2, PG Inv. 3, p. 1096: "de vraag wat heeft te gelden, wanneer uit de openbare registers blijkt van op zichzelf niet voor inschrijving vatbare persoonlijke rechten, omdat deze zijn vermeld in stukken door middel waarvan wel voor inschrijving vatbare feiten in de registers zijn ingeschreven. Het feit dat dergelijke persoonlijke rechten in beginsel niet tegen derden werken, berust niet op een wettelijke regel die latere verkrijgers op grond van hun goede trouw beschermt, maar op de persoonlijke aard van het betreffende recht. Art.

Ook hier is dus weer een verband gelegd met het vertrouwen dat derden aan de registers moeten kunnen ontleen. De eis van een ingeschreven akte waarin het gevestigde recht duidelijk met naam en toenaam is vermeld, weegt dus zwaar.

De vraag is nu welke gevolgtrekking aan deze gegevens moet worden verbonden voor toepassing van het leerstuk conversie. Hierboven, aan het einde van de vorige subparagraaf, heb ik het standpunt ingenomen dat een vormvereiste niet steeds in de weg behoeft te staan aan toepassing van conversie, omdat voor conversie niet wordt vereist dat de litigieuze rechtshandeling alle bestanddelen van de alternatieve rechtshandeling in zich heeft. Gaat het om vormvereisten die de inhoud van inschrijfbaar leveringsakten betreffen, dan kan conversie waarschijnlijk niet aan de orde zijn. Het stelsel van openbare registers, derhalve: het publiciteitsbeginsel, staat aan conversie van een nietig goederenrechtelijk recht in een ander goederenrechtelijk recht, dat als zodanig niet kenbaar is uit de openbare registers, in de weg.

In concreto zou dit betekenen bijvoorbeeld dat conversie in een erfdiensbaarheid niet mogelijk is in het geval dat een ingeschreven kwalitatieve verbintenis wordt ontmaskerd als een onderhoudsverplichting; de wet biedt immers wel in het kader van een erfdiensbaarheid maar niet in het kader van een kwalitatieve verbintenis ruimte voor een onderhoudsverplichting met derdenwerking.

### 8.6.6 *Synthese en casuïstiek*

De numerus clausus en de restricties op de partijautonomie in het goederenrecht die daarmee verband houden, kunnen tot gevolg hebben dat een door partijen gevestigd recht tot een goed of een door hen overeengekomen verplichting met betrekking tot een goed geheel of gedeeltelijk nietig is dan wel derdenwerking ontbeert. Het leerstuk conversie maakt het in sommige gevallen mogelijk om toch in een of andere vorm de door partijen beoogde werking toe te kennen aan het recht of de verplichting, maar deze paragraaf heeft duidelijk gemaakt dat onzeker is aan welke voorwaarden voor conversie moet zijn voldaan. Wanneer een aantal concrete gevallen naast elkaar wordt gezet, blijkt dat toepassing van conversie lastig kan zijn.

---

3:23 speelt hier derhalve geen rol. De vraag in hoeverre een verkrijger wellicht onrechtmatig handelt door een hem bekend persoonlijk recht dat een derde jegens zijn rechtsvoorganger had te veronachtzamen, moet worden beantwoord aan de hand van art. 6:162."



### 8.6.6.1 Obligatoire werking

Om te beginnen kan worden gesproken van conversie indien obligatoire werking wordt toegekend aan een beding terwijl partijen hebben beoogd een recht of een verplichting met derdenwerking te creëren. Dat aan een 'mislukt' goederenrechtelijk recht wel obligatoire werking inter partes toekomt, wordt breed aangenomen. Volgens Meijers kan rechtsgevolg worden toegekend aan een nietige rechtshandeling wanneer daarin een geldige rechtshandeling besloten ligt en "het geoorloofde met het ongeoorloofde bestanddeel te zamen als één rechtsbegrip met eigen benaming optreedt":

"Wanneer partijen een verplichting ten behoeve van een heersend erf als zakelijk recht hebben willen vestigen, welke de wet als zakelijk recht niet toelaat, kan deze verplichting nog als persoonlijke verbintenis gehandhaafd worden. De persoonlijke verbintenis van de contractant, eigenaar van het dienstbare erf, ligt immers in het zakelijke recht van erfdienstbaarheid besloten, tenminste voor zo lang als hij eigenaar van het dienstbare erf is"<sup>153</sup>

Meijers presenteert deze vorm van conversie als een voorbeeld van een geval waarin het beoogde rechtsgevolg slechts ten dele volgens het recht mag intreden. Dit meer beperkte rechtsgevolg kan volgens Meijers intreden "voor zover als zeker kan aangenomen worden, dat de handelende personen ook dit beperkte rechtsgevolg gewild zou hebben, wanneer zij wisten, dat het verder strekkende niet te bereiken is". Ook het geval van toekenning van obligatoire werking aan een beding dat beoogd was goederenrechtelijk te zijn is dus een vorm van conversie, waarvoor de hypothetische partijwil beslissend is.

Het is niet vanzelfsprekend dat een dergelijke wil in alle gevallen bestaat. Pleysier bespreekt de suggestie dat de vestiging van een nietig want geheel onoverdraagbaar gemaakt recht van erfpacht geconverteerd zou kunnen worden in een huurverhouding; hij stelt terecht dat het twijfelachtig is of de partijen dan een huurverhouding zouden willen gezien het vele dwingende recht dat van toepassing is op een huurovereenkomst.<sup>154</sup>

---

153 E M Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1947, p. 233.

154 A.J H Pleysier, *Losbladige zakelijke rechten*, Titel 7. Erfpacht, Artikel 91, aant. 4 bij lid 1 "Indien de bevoegdheid tot vervreemding volledig wordt tenietgedaan, dan is geen sprake van een erfpachtsrecht, mogelijk wel van huur, althans volgens J de Jong (Mon Nieuw BW, nr 11). Dat laatste lijkt me onjuist. het contract dat verplicht tot het vestigen van het erfpachtsrecht (de erfpachtgunning), heeft als doel het tot stand brengen van een zakelijk recht. Ik zou hier zeer aarzelen de conversie erop los te laten, gegeven de extreme bescherming van huurders en pachters zal men

Overigens is ook denkbaar dat alleen de met art. 3:83 lid 1 BW strijdige overdraagbaarheidsbeperking geheel of gedeeltelijk als nietig wordt aangemerkt, maar ook hierbij rijst de vraag of partijen een wel overdraagbaar recht van erfpacht zouden hebben gewild.

Een stap verder is 'obligatoire werking plus' door conversie in een verbintenis met kettingbeding. Er zijn voorbeelden denkbaar waarin een beperkt gerechtigde bij de vestiging van zijn recht een aanvullende verplichting heeft aanvaard, waarvan later door de rechter wordt geoordeeld dat deze verplichting geen deel uitmaakt van de inhoud van het beperkte recht omdat het daarmee onvoldoende verband vertoont. Voorbeelden zijn de situatie waarin een stil pandhouder van een kostbare auto zich verplicht tot geheimhouding van het verstrekte krediet en het pandrecht, en de situatie waarin een vruchtgebruiker of een erfpachter van de inventaris van een café moet dulden dat dat drinklokaal regelmatig fungeert als decor voor reclame- en filmopnamen. Wanneer de partijen duidelijk beoogd hebben aan dergelijke verplichtingen zaaksgevolg toe te kennen, kan nog worden overwogen het nietige goederenrechtelijke beding te converteren in een obligatoir kettingbeding. De rechter kan de beoogde derdenwerking dan zoveel als mogelijk bewerkstelligen, zij het dat hij vermoedelijk niet snel genegen zal zijn een dergelijk surrogaat voor een goederenrechtelijk recht aan de betrokken partijen op te leggen.

#### 8.6.6.2 Goederenrechtelijke alternatieven

Moeilijker nog zijn de gevallen waarom het in dit hoofdstuk vooral gaat: conversie van een nietig goederenrechtelijk recht in een ander recht met derdenwerking. Dan wordt niet slechts een deel van het beoogde gevolg gehandhaafd - namelijk obligatoire binding inter partes -, maar wordt in plaats van het verboden beoogd gevolg een ander wel geoorloofd gevolg geplaatst, dat ook in staat is het doel en de strekking van de verrichte rechtshandeling geheel of gedeeltelijk te verwezenlijken.<sup>155</sup>

Denkbaar is bijvoorbeeld het al eerder genoemde geval waarin de erfpachter van een huis zich door middel van een kwalitatieve verbintenis jegens de gemeente heeft verbonden om de groenstrook op zijn perceel

---

niet snel kunnen aannemen dat de gemankeerde erfverpachter liever huur of pacht had dan helemaal niets "

155 De formulering van deze zin volgt die van Meijers, a w , p. 233, onderaan Meijers stelt dat voor deze vorm van conversie de beginselen voor uitleg niet meer gelden. Hij waarschuwt ook dat economische doel en strekking van een rechtshandeling niet allesbepalend mogen zijn, omdat ook de juridische verschillen tussen de beoogde rechtshandeling en het surrogaat economisch relevante verschillen zijn

langs een openbare weg niet te laten verwilderen. Een kwalitatieve verbintenis kan echter alleen strekken tot een dulden of een niet doen, terwijl deze verplichting in feite verplicht tot onderhoud. Overwogen zou kunnen worden de verplichting te converteren in een erfdienstbaarheid of wellicht aan te merken als onderdeel van het recht van erfpacht. Het alternatief van een erfdienstbaarheid veronderstelt echter dat een heersend erf wordt aangewezen, terwijl 'incorporatie' van de verplichting in het erfpachtsrecht niet alleen veronderstelt dat de gemeente de erfverpachter is, maar ook dat een dergelijke verplichting in faciendo tot onderdeel kan worden gemaakt van het recht van de erfpachter.

Denkbaar is ook dat een recht van erfpacht is gevestigd met betrekking tot alleen een bepaalde bouwlaag, bijvoorbeeld een ondergrondse tunnel of parkeergarage of een verdieping in een gebouw. Indien wordt geoordeeld dat het recht van erfpacht geen ruimte biedt voor een recht met betrekking tot een onzelfstandig zaaksgedeelte en het recht van opstal of van vruchtgebruik wel, kan worden overwogen het recht van erfpacht te converteren in een dergelijk ander recht.

Een ander voorbeeld is het geval waarin aan de opstaller ook een bevoegdheid is toegekend tot vruchttrekking van het perceel waarop de opstal staat. Denkbaar is dat wordt geoordeeld dat de bij de vestiging van het recht van opstal overeengekomen bevoegdheid tot vruchttrekking, wegens de dwingendrechtelijke regeling van het recht van vruchtgebruik in art. 3:203 BW. Dan kan worden overwogen de bevoegdheid te converteren in een zelfstandig recht van vruchtgebruik naast het opstalrecht. Een andere variant is de obligatoire bevoegdheid tot vruchttrekking te kwalificeren als een kwalitatief recht in de zin van art. 6:251 BW en de obligatoire verplichting van de moedergerechtigde tot het dulden van de vruchttrekking als een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW. Het gaat dan weliswaar om een alternatief dat in essentie obligatoir is, maar de derdenwerking bewerkstelligt het met het goederenrechtelijke recht beoogde effect.

Toch zal conversie in een goederenrechtelijk of quasi-goederenrechtelijk alternatief in de meeste voorbeeldgevallen bezwaarlijk zijn. In het voorgaande is al vermeld dat vormvereisten niet in het algemeen aan conversie in de weg behoeven te staan, maar dat de mogelijkheden voor conversie met betrekking tot registergoederen beperkt zijn omwille van het publiciteitsbeginsel dat aan het registerstelsel ten grondslag ligt. Wat het onderhoud van de groenstrook betreft laat het registerstelsel niet toe dat de kwalitatieve verplichting wordt aangemerkt als een erfdienstbaarheid, aangezien het recht in het kadaster niet bij het heersende erf zal zijn te

vinden. Hoogstens kan de rechthebbende tot de groenstrook gehouden worden geacht alsnog mee te werken aan de vestiging van een erfdienstbaarheid, maar dan gaat het niet meer om conversie maar om redelijke uitleg van de overeenkomst. Het registerstelsel zal dus vrijwel in alle gevallen in de weg staan aan conversie van een ongeldig goederenrechtelijk recht met betrekking tot een registergoed.<sup>156</sup>

### 8.6.6.3 Herinterpretatie van art. 24 lid 4 Kadasterwet

Echter, voor zover het gaat om een verplichting om te dulden of niet te doen met betrekking tot een registergoed, verdient het overweging een wat minder strikte uitleg te geven aan art. 24 Kadasterwet. Het gaat om de gevallen waarin de partijen bij de vestiging van een van de in de wet geregelde beperkte rechten aanvullende verplichtingen overeen zijn gekomen die in de vestigingsakte zijn neergelegd en die bedoeld zijn als onderdeel van het beperkte recht zelf. Wanneer de rechter later oordeelt dat de aanvullende verplichting tot een dulden of niet doen onvoldoende verband houdt met de rechten en de verplichtingen die van rechtswege voortvloeien uit dat beperkte recht, zodat gelijke behandeling niet gerechtvaardigd is, of wanneer de rechter oordeelt dat het gaat om een verplichting van de moedergerechtigde die als zodanig geen onderdeel kan zijn van het gevestigde beperkte recht, zou conversie worden belemmerd door art. 24 lid 4 Kadasterwet. De aanvullende verplichting zal immers niet afzonderlijk en uitdrukkelijk zijn vermeld als kwalitatieve verbintenis. Deze verbintenis zou dan hoogstens obligatoire werking hebben en rechtsopvolgers met betrekking tot het registergoed niet binden.

Deze strikte uitleg van de wet kan tegelijkertijd twee onwenselijke gevolgen hebben. Enerzijds zal het voldoende verbandvereiste onder druk komen te staan; om de partijen niet te verrassen met een slechts obligatoire verplichting zonder derdenwerking, zal de rechter eerder oordelen dat de verplichting wel voldoende verband houdt met het gevestigde beperk-

---

156 Wellicht is conversie denkbaar met betrekking tot het quasi-verbintenisrechtelijke curiosum dat in § 8.3.3 is besproken. Zie A. C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, 1994, p. 265. "Stel dat twee eigenaars hebben beoogd een erfdienstbaarheid te vestigen tot het hebben van een notenboom binnen twee meter van de perceelsgrens (art. 542). De vestigingsakte verzuimt te vermelden dat het gaat om een erfdienstbaarheid. Als de opvolgende eigenaar van het dienende erf zijn verplichting de notenboom te dulden betwist en verwijdering vordert, kan de rechter de zakelijke overeenkomst converteren in een obligatoire overeenkomst, houdende toestemming van de eigenaar van het dienende erf (cf. art. 542 lid 1). Nu die (vormvrije) overeenkomst is ingeschreven in de registers, dient ook een derde als de opvolgende eigenaar het recht van zijn buurman te respecteren."

te recht. Het voldoende verbandvereiste en eventuele andere beperkingen op de partijautonomie bij de vormgeving van goederenrechtelijke rechten verliezen dan op den duur hun betekenis. Daarmee worden de categorieën binnen de numerus clausus uiteindelijk ook diffuser; de Typenfixierung komt op de tocht te staan. Anderzijds zullen de partijen in het rechtsverkeer alle onzekerheden op dit punt willen vermijden en vaker dan nodig is voor aanvullende verplichtingen bij de vestiging van een beperkt recht opteren voor de vorm van de kwalitatieve verbintenis. Daarmee zou deze omstreden overgangsfiguur binnen het systeem van het vermogensrecht een grotere vlucht nemen dan gelukkig en wenselijk is.

Beide onwenselijke gevolgen worden voorkomen met een vrijere interpretatie van art. 24 lid 4 Kadasterwet, zodat een aanvullende verplichting in de akte tot vestiging van een beperkt recht met betrekking tot een registergoed kan worden geconverteerd in een kwalitatieve verplichting, ook al staat deze niet afzonderlijk en uitdrukkelijk in de vestigingsakte vermeld. Deze versoepeling gaat in de meeste gevallen niet ten koste van derden die op de registers vertrouwen, aangezien de verplichting onderdeel uitmaakt van de akte van vestiging van het beperkte recht. Alleen indien in de vestigingsakte een zo ongebruikelijke verplichting tot een dulden is toegevoegd aan de vestigingsakte dat niemand een dergelijke verplichting in verband met het beperkte recht behoefde te verwachten, kan reden bestaan om toch geen conversie toe te passen. Deze benadering heeft in ieder geval het praktisch voordeel dat partijen niet worden verast door een onverwacht oordeel van een rechter dat de overeengekomen verplichting niet tot de inhoud van het gevestigde beperkte recht behoort, terwijl zij op basis van de tegengestelde veronderstelling die verplichting ook niet uitdrukkelijk in de vorm van een kwalitatieve verplichting hadden gegoten; de conversie in een kwalitatieve verbintenis doet recht aan de bedoelingen van partijen en blijft binnen de smalle marges die het registerstelsel biedt.

### *8.6.7 Conclusie*

Wanneer partijen hebben beoogd een goederenrechtelijk recht te vestigen, of aan een verplichting met betrekking tot een registergoed door inschrijving ervan derdenwerking te geven, kunnen de wettelijke vereisten voor een specifiek type goed en algemene restricties zoals het subtractieprincipe en het voldoende verbandvereiste eraan in de weg staan dat het beoogde rechtsgevolg intreedt. De rechtshandeling kan dan als nietig worden aangemerkt; het goederenrechtelijke recht komt in beginsel niet tot stand en de verplichting is niet tegenwerpelijk aan rechtsopvolgers.

Het niet-intreden van het beoogde rechtsgevolg, ook aan te duiden als nietigheid, kan op grond van art. 3:41 BW beperkt blijven tot een deel van het beoogde goederenrechtelijke recht, mits het nietige deel gezien inhoud en strekking niet in onverbrekkelijk verband staat met het rechtsgeldige deel van het goederenrechtelijke recht. Vooral wanneer de nietigheid betrekking heeft op een aanvullende verplichting ten laste van de beperkt gerechtigde of de moedergerechtigde waarvan de wet niet toelaat dat deze onderdeel is van het gevestigde goederenrechtelijke recht, kan de nietigheid partieel blijven. De hypothetische wil van de betrokken partijen zal hierbij een grote rol spelen. Dat geldt ook voor alle andere vormen van conversie waarmee de nietigheid van een rechtshandeling kan worden ondervangen.

Voor conversie van een nietig goederenrechtelijk recht met betrekking tot een registergoed in een ander goederenrechtelijk recht bestaat nauwelijks ruimte; voor conversie van een nietige aanvulling in een kwalitatieve verbintenis wellicht in sommige gevallen wel.

Vormvoorschriften behoeven geen belemmering te zijn voor conversie, tenzij de vormvoorschriften verband houden met het registerstelsel.

Conversie van goederenrechtelijke rechten betreft steeds het goederenrechtelijke recht. Indien de vestiging van een goederenrechtelijk recht rechtsgevolg ontbeert doordat een object ontbreekt, is er geen ruimte voor conversie; het recht komt niet met betrekking tot een ander object tot stand.<sup>157</sup> Waarschijnlijk ziet conversie evenmin op het subject; bij gebreke van handelingsbevoegdheid of beschikkingsbevoegdheid ligt een beroep op bekrachtiging en convalescentie als bedoeld in art. 3:58 BW meer in de rede.<sup>158</sup>

In theorie vormt conversie een instrument voor de rechter om de gevolgen van de *numerus clausus* en de restricties die in het systeem van het goederenrecht besloten liggen voor de betrokken partijen te verzachten. Bij nadere analyse zijn er veel algemene belangen, zoals publiciteit in het kader van het registerstelsel en bescherming van de belangen van der-

157 Aldus HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 m.nt. WMK (Capcan/Eemswater), r.o. 3.6, inzake een verpanding van aandelen in plaats van certificaten daarvan: "mede met het oog op de belangen van derden zoals andere schuldeisers kan conversie niet zo ver gaan dat, indien niet aan de vereisten voor vestiging van een pandrecht op het ene goed kan worden voldaan, een pandrecht op een ander goed geacht moet worden te zijn tot stand gekomen. Ook analogie met conversie kan niet tot dit resultaat leiden." Vgl. HR 30 maart 2001, NJ 2002, 380 m.nt. HJS (LISV/Grifhorst), inzake een beslag op een registergoed in plaats van op het aandeel van de beslagdebiteur in dat goed.

158 Zie G.H. Potjewijd, *Bekrachtiging en convalescentie - over de toepassing van art. 3.58 BW bij beschikkingen over andermans goed*, 2002.

den, die aan toepassing van conversie in goederenrechtelijke gevallen in de weg zullen staan.





# DE TOEKOMST VAN DE NUMERUS CLAUSUS

### 9.1 Inleiding

Heeft de numerus clausus in het goederenrecht nog toekomst?

In het voorgaande is de numerus clausus vanuit zeven kanten belicht: context, herkomst, plaats ten opzichte van andere rechtsstelsels, ratio, betekenis voor de vestiging van beperkte rechten, betekenis voor de afsplitsing van bevoegdheden, wetssystematische implicaties. Een oordeel is echter nog niet geveld. In dit afsluitende hoofdstuk wordt de toekomst van de numerus clausus geschetst door een standpunt in te nemen over het belang, de relevantie en de functie van de numerus clausus.

Het is overigens niet zeker dat een oordeel over het dogma zelf zinvol is. Een dogma is een vehikel om uitdrukking te geven aan een belangenafweging die als zodanig beoordeeld moet worden. Het is een instrument voor ordening van keuzen en beginselen. Vooral de achterliggende rechtspolitiek behoeft een oordeel, maar het dogma als zodanig nauwelijks.

Het is wel mogelijk om te beoordelen wat de plaats van het dogma van de numerus clausus is in het bredere verband van het systeem van het vermogensrecht zoals dat zich ontwikkelt. Een eerste manier om de rol van het dogma te beschouwen is door te speculeren over de rechtsontwikkeling in de hypothese dat het dogma wordt afgeschaft. In de eerste paragraaf wordt dit perspectief gekozen en daarbij wordt voortgeborduurd op de beschrijving van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht dat in het kader van het Duitse recht is geschetst in § 3.5.1 en in het kader van het Nederlandse in § 3.6. Eén van de bevindingen van deze studie is immers dat de numerus clausus een aspect vormt van het Savigniaanse model en dus niet los mag worden gezien van de overige elementen van dat model, in het bijzonder het eigendomsbegrip, het zaaksbegrip en de dichotomie en de autonomie van goederenrecht en verbintenissenrecht. De hypothese van afschaffing van de numerus clausus wordt daarom behandeld als een *pars pro toto* voor het afstand doen van het Savigniaanse model voor het vermogensrecht. Door de consequenties van afschaffing te analyseren, ontstaat meer zicht op de rol die de numerus clausus heeft te vervullen in de toekomst van het vermogensrecht.

In de tweede paragraaf wordt op een andere manier zicht verschaft op de toekomst van de numerus clausus, namelijk door een schets van een

algemene ontwikkeling in het vermogensrecht, die zich ook in het goederenrecht heeft gemanifesteerd: een verschuiving van de focus *van* de fase van de vestiging en het ontstaan van subjectieve rechten *naar* de fase van de uitoefening en de beëindiging ervan. Deze rechtsontwikkeling, die naar voren komt in de grote rol voor de redelijkheid en billijkheid, en die te maken heeft met het verschijnsel van relativering van rechten, heeft een weerslag gehad in nieuwe wettelijke bepalingen van goederenrecht, die nog niet ter sprake zijn geweest. Het gaat bijvoorbeeld om art. 5:78 BW, dat de rechter de bevoegdheid geeft een recht van erfdiensbaarheid te wijzigen of op te heffen wegens onvoorziene omstandigheden of het algemeen belang. Deze bepalingen worden soms algemeen aangeduid als 'imprévision-bepalingen', door Cahen als 'schoonmaakbepalingen', terwijl W. Snijders rept van bepalingen met een zeeffunctie. De bepalingen vormen *checks and balances* voor de uitoefening en het voortbestaan van goederenrechtelijke rechten. Deze soort bepalingen zou de numerus clausus overbodig maken, of althans de consequenties van een opener stelsel van goederenrechtelijke rechten verzachten. Onderzocht wordt of deze deels nieuwe instrumenten om in te grijpen in maatschappelijk ongewenste partijarrangementen inderdaad een alternatief bieden voor de numerus clausus, zodat deze afgeschaft of losgelaten kan worden.

In de derde paragraaf wordt de balans opgemaakt. De paragraaf begint met een synthese van de bevindingen over de ratio van de numerus clausus in hoofdstuk 4 en vervolgt met een uiteenzetting van de consequenties die daaraan verbonden moeten worden. Daarmee komt de aandacht te liggen bij de conclusie van hoofdstuk 3 over de herkomst van de numerus clausus, namelijk dat de numerus clausus de weerslag is van de wens van de wetgever om het primaat bij de rechtsvorming te hebben. Beoordeeld wordt of de numerus clausus in dit opzicht houdbaar is met het oog op de ontwikkeling van het goederenrecht.

Blijft over Quint/Te Poel. Bij de bespreking van de reikwijdte van de numerus clausus in § 2.5.3 is al genoemd dat W. Snijders met veel nadruk heeft gesteld dat het vermogensrecht een open systeem vormt. Daarin zou de Quint/Te Poel-benadering maatgevend zijn voor de erkenning van nieuwe vermogensrechten en daarmee voor de ontwikkeling van het goederenrecht. Quint/Te Poel 'staat' als belangrijk, wellicht zelfs ultiem, directief voor privaatrechtelijke rechtsvinding, dus met deze vuistregel voor rechtsvinding moet ook in het goederen worden gewerkt. Ter afsluiting van deze studie over de numerus clausus in het goederenrecht zal worden getracht om in verband met de numerus clausus aanvullende richtsnoeren af te leiden voor toepassing van het Quint/Te Poel-criterium: met de sprong van de numerus clausus naar de beginselen van het goederenrecht

gloort er een toekomst voor de numerus clausus zelf en wellicht daarmee ook voor de bestudering van het goederenrecht.

## **9.2 Afscheid van het Savigniaanse model?**

De toekomst van de numerus clausus moet in een breder verband worden gezien. In hoofdstuk 3 over de herkomst van de numerus clausus is duidelijk geworden dat de numerus clausus van beperkte rechten een onderdeel vormt van het Savigniaanse concept voor het vermogensrecht. Daarvan maken ook het abstracte en uniforme eigendomsbegrip, de beperking van de eigendom tot zaken, de beperking van onoverdraagbaarheidsbedingen en de derdenbescherming, en het scherpe onderscheid tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht als op zichzelf staande rechtsgebieden, deel uit. Twee van deze bouwstenen van het Savigniaanse model krijgen hier nadere aandacht: ten eerste de scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht en ten tweede het eigendomsbegrip. De reden hiervoor is vooral dat J.M. Smits respectievelijk A.A. van Velten interessante voorstellen hebben gedaan, die voorbij gaan aan sommige van de Savigniaanse premissen van het vermogensrechtelijk systeem. Beide voorstellen beïnvloeden rechtstreeks de toekomst van de numerus clausus.

### *9.2.1 De scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht*

In het Savigniaanse model voor de inrichting van het vermogensrecht bestaat een scherpe scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht. Hiermee verkrijgen beide rechtsgebieden een grote mate van zelfstandigheid, zodat kan worden gesproken van de autonomie van het goederenrecht ten opzichte van het verbintenissenrecht. Deze autonomie bewerkstelligt een hoge mate van standaardisatie van de goederenrechtelijke rechten en de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies, aangezien verbintenissenrechtelijke arrangementen in dit systeem niet doorwerken in de wereld van het goederenrecht. De scheiding wordt soms aangeduid als de Savigniaanse dichotomie.

In het Nederlandse BW van 1992 is minder dan voorheen sprake van twee afzonderlijke en zelfstandige regelstelsels. Zoals is beschreven in § 3.6, sluit de systematische opzet weliswaar nauw aan bij het pandektistische systeem, maar onder meer het causale stelsel zorgt voor doorwerking van bijzondere obligatoire bedingen tussen partijen in de totstandkoming en de overgang van goederenrechtelijke rechten. Meer in het bijzonder is in § 8.2.4 gebleken dat de voorwaardelijke rechtshandeling mede krachtens art. 3:84 lid 4 BW een bres slaat in de autonomie van het goederen-

recht Verder overstijgt een groot aantal verbintenisrechtelijke regels en normen ten gevolge van schakelbepalingen het bestek van het verbintennisrecht en werken deze verbintenisrechtelijk georiënteerde regels door in het goederenrecht Ten slotte kan worden gewezen op de quasi-goederenrechtelijke figuren van het kwalitatieve recht en de kwalitatieve verplichting, die hier geen nadere toelichting behoeven

Tot nu toe is de verleiding weerstaan om over de schutting van Savigny tussen goederenrecht en verbintennisrecht te kijken, en ook in het vervolg zal geen aandacht worden bestaand aan de ontwikkelingen aan verbintenisrechtelijke zijde van de vermogensrechtelijke dichotomie, ook al biedt het aan de *numerus clausus* ten grondslag liggende concept van standaardisatie ook binnen het overeenkomstenrecht interessante perspectieven Hier wordt volstaan met de observatie dat een fundamentele eigenschap van het overeenkomstenrecht ten opzichte van het goederenrecht, te weten de relatieve werking van overeenkomsten, uit de Nederlandse wet is verdwenen<sup>1</sup> In de rechtsleer staat deze rechtsgebieden scheidende eigenschap ter discussie<sup>2</sup>

In deze paragraaf wordt wel nader naar de verbintenis gekeken, maar alleen voor wat betreft de tegenwerpelijheid van een verbintenis aan derden, in het bijzonder de rechthebbende van een goederenrechtelijk recht Het gaat hierbij alleen om rechtsregels die verschuivingen meebrengen in de scheiding tussen goederenrecht en verbintennisrecht De beschrijving vormt een opwarmer voor de bespreking van radicalere voorstellen van Smits Hij heeft voorgesteld om de dichotomie te interpreteren op een wijze die zo vernieuwend is, dat deze geheel verdwijnt Het concept van een verbintenis en het concept van een goederenrechtelijk recht verliezen dan hun belang

## 9211 De dichotomie en de versterking van obligatoire rechten

In het geldende recht zijn verschillende wettelijke regels te vinden die de grenspaaltjes tussen goederenrecht en verbintennisrecht op sommige plaatsen hebben verzet Deze bepalingen, die ten dele zijn voortgekomen uit oudere jurisprudentie, leveren een versterking op van de positie van de obligatoir gerechtigde ten opzichte van de wederpartij in haar goederenrechtelijke hoedanigheid De bepalingen worden slechts kort omschre-

1 De wetgever heeft de bepaling in art. 1376 BW niet overgenomen over ruimte te bieden aan de rechtsontwikkeling inzake de derdenwerking van overeenkomsten Zie Eindverslag I (MO) bij afd. 6.5.3 (d.d. 6 mei 1980), PG 6, p. 919

2 Zie m.n. J.B.M. Vranken, *Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie*, WPNR 6472 (2002)

ven. Vervolgens komen twee andere rechtsontwikkelingen ter sprake die de tegenwerpelijkheid van obligatoire rechten aan derden verstevigen.

*De eigenaar en verleende contractuele rechten*

Een versterking van de positie van de obligatoir gerechtigde ligt besloten in de gangbare interpretatie van art. 5:1 lid 2 BW en art. 5:2 BW. Deze bepalingen bieden de eigenaar een exclusieve bevoegdheid tot gebruik van zijn zaak, "mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen", en verwoorden de bevoegdheid van de eigenaar tot opeising van zijn zaak "van een ieder die haar zonder recht houdt". Hoewel de letter van deze bepalingen hiervoor geen duidelijk aanknopingspunt biedt, wordt vrijwel unaniem aangenomen dat hiermee niet alleen is bedoeld op goederenrechtelijke rechten met betrekking tot die zaak, maar ook op verbintenisrechtelijke rechten. Dit betekent dat de eigenaar geen revindicatie kan instellen ten koste van degene die van hem een obligatoir gebruiksrecht met betrekking tot die zaak heeft verkregen; revindicatie ondanks contractuele gehoudenheid te dulden dat de zaak in de feitelijke macht van een ander is, wordt niet mogelijk geacht. Alom wordt verondersteld dat bijvoorbeeld de bruiklenner van een zaak zich op grond van zijn overeenkomst met succes kan verweren tegen een vordering tot revindicatie. Alleen Opzoomer dacht hier in 1871 uitdrukkelijk anders over in een aantekening bij art. 629 Oud BW over de revindicatie:

"Dat deze actie, gegrond op het recht van eigendom, niet kan worden ontzenuwd door een exceptie, die met dat recht niets gemeen heeft, is duidelijk. Heeft dus de eigenaar met den bezitter eenige overeenkomst gesloten, waarvan die zaak het onderwerp is, en krachtens welke zij in handen van den bezitter zijn moet, het zal hem niet beletten, zijn eigendom te doen gelden, en de bezitter kan slechts na de teruggave een persoonlijke rechtsvordering instellen, om den eigenaar tot voldoening aan zijne overeenkomst te verplichten"<sup>3</sup>

---

3 C W Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, Art 555-783, 1871, p 291-292. Opzoomer verwijst op dit punt naar de uitdrukkelijk andersluidende opvatting van Diephuis, van wie een passage uit NBR III, 2<sup>e</sup> druk, p 120, door Opzoomer wordt geciteerd en gecontrasteerd met een passage op p 115. Opzoomer vermeldt op p 292 verder uitdrukkelijk dat een andersluidende regel uit het Romeinse recht - *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* -, volgens welke de bezitter de keus had tussen enerzijds het ontzenuwen van de revindicatie door middel van de exceptie en anderzijds het teruggeven van de zaak en zich dan van zijn persoonlijke rechtsvordering te bedienen, in het Nederlandse recht z i niet gold. Opzoomer vermeldt ook uitdrukkelijk de keus tussen de vestiging van een zakelijk en een persoonlijk recht, ten aanzien van de mogelijkheid om 'de eigendom door den vroegeren verkoop [van een gebouw of werk, of te delven grondstof of te oogsten vruchten] werkeloos te maken', verduidelijkt hij in noot 2 "Dit is het geval, waar de bezitter de zaak onder zich heeft uit kracht niet

Het destijds en nu geldende recht is echter dat de eigenaar in de uitoefening van zijn goederenrechtelijke bevoegdheden wordt beperkt door de bevoegdheden die hij op verbintenisrechtelijke wijze aan een ander heeft toegekend.

Vergeleken met de door Opzoomer verwoorde benadering levert de gangbare uitleg van de wet duidelijk een versterking op van de positie van de obligatoir gerechtigde met betrekking tot een zaak in zijn verhouding tot de goederenrechtelijk gerechtigde. Althans in deze verhouding is de demarcatielijn tussen goederenrecht en verbintenisrecht wat anders getrokken dan in een strikt dichotoom stelsel zou zijn gebeurd. Daarin zou de autonomie van het goederenrecht meebrengen dat de eigenaar zijn zakelijke revindicatoire actie zou kunnen uitoefenen zonder dat op basis van contractuele aanspraken daartegen verweer zou kunnen worden gevoerd.

De positie van de obligatoir gerechtigde met betrekking tot een zaak is zwakker wanneer hij niet van doen heeft met de eigenaar die hem zijn obligatoire aanspraak verleende, maar met degene die onder bijzondere titel in de rechten van de eigenaar is getreden.<sup>4</sup>

Verder kan de obligatoir gerechtigde zijn aanspraken in beginsel niet tegenwerpen aan degene die van de eigenaar een beperkt goederenrechtelijk recht heeft verkregen. Indien bijvoorbeeld bij de vestiging van een hypotheekrecht een beheersbeding als bedoeld in art. 3:267 BW is gemaakt, verkrijgt de hypotheekhouder daarmee een bevoegdheid met betrekking tot het verhypothekerde goed die deel uitmaakt van zijn goederenrechtelijke recht. De hypotheekhouder kan deze bevoegdheid tot inbeheerneming waarschijnlijk ook uitoefenen indien de hypotheekgever met betrekking tot de verhypothekerde zaak een beheersovereenkomst met een derde heeft gesloten.<sup>5</sup> Evenzo kan de vuistloos pandhouder van een schil-

---

van een recht op een persoon, maar van een recht op de zaak zelve, een *jus in re*. De eigendom, die hier een gebrekkige, onvolledige is, een *dominium quiescens* voor zover dat *jus in re* zich uitstrekt, kan zich niet in een zegevierende revindicatie openbaren, de actie moet door een exceptie worden gekeerd." Zie ook Opzoomer, p. 433.

4 Vgl. HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 558 m.nt. HJS, r.o. 3.3 het recht op het gebruik van een vliering dat door de eigenaar van een appartement door middel van een derdenbeding was toegekend aan een huurder van een ander appartement is een persoonlijk recht dat niet kan worden ingeroepen jegens een verkrijger onder bijzondere titel van het appartement met de vliering. Zie ook HR 10 juni 1938, NJ 1939, 1 m.nt. PS.

5 Voor inbeheerneming is op grond van art. 3:267 BW machtiging van de rechter vereist. Gezien de goederenrechtelijke aard van de bevoegdheid tot inbeheerneming behoren de contractuele rechten van derden uit hoofde van de beheersovereenkomst voor de rechter in beginsel geen grond te vormen om de machtiging te weigeren.

derij dat door de pandgever in bruikleen is gegeven aan een museum de door deze gesloten bruikleenovereenkomst negeren wanneer hij overgaat tot omzetting van zijn pandrecht in een vuistpandrecht op grond van art. 3:237 lid 3 BW.<sup>6</sup> Hierbij speelt geen rol of de overeenkomst vóór of na de vestiging van het beperkte recht is aangegaan door de moedergerechtigde. Dit vloeit voort uit het uitgangspunt dat goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden in beginsel wel en contractuele rechten met betrekking tot een zaak in beginsel niet tegenwerpelijk zijn aan derden.

Een uitzondering geldt vermoedelijk in twee gevallen. Ten eerste indien de contractueel gerechtigde de feitelijke macht over de zaak heeft en zich op grond van art. 3:291 BW jegens de beperkt gerechtigde op een retentierecht kan beroepen.<sup>7</sup> Een retentierecht veronderstelt wel dat sprake is van een vordering van de contractueel gerechtigde tot een zaak jegens de moedergerechtigde en dat de contractueel gerechtigde bovendien gehouden is tot afgifte van de zaak die hij in zijn feitelijke macht heeft.<sup>8</sup> Ten tweede geldt een uitzondering indien de obligatoir gerechtigde gezien de opstelling van de beperkt gerechtigde gerechtvaardigd heeft vertrouwd op tegenwerpelijkheid van zijn rechten aan die beperkt gerechtigde. De derdenwerking berust in een dergelijk geval echter op een verbintenisrechtelijke betamelijkheidsnorm en niet op een mate van 'verzakelijking' van een obligatoir recht.

### *Het nieuwe art. 37 Fw*

Een andere wettelijke bepaling die vermelding verdient in dit korte overzicht van verschuivingen van de Savigniaanse scheidslijn, is art. 37 Fw, dat geheel is gewijzigd met de invoering van het BW op 1 januari 1992. De huidige lezing bepaalt dat een faillissementscurator alleen nakoming van

- 
- 6 Omzetting betekent dat de verpande zaak in de macht van de pandhouder zelf of in de macht van een derde wordt gebracht. Denkbaar is dat de pandhouder volstaat met een instructie aan het museum om het schilderij te gaan houden voor de pandhouder. Deze wijze van omzetting is voor het museum het minst bezwarend. Op het moment dat de pandhouder overgaat tot executoriale verkoop, kan hij de bruikleenovereenkomst in beginsel negeren.
- 7 Voor de toepassing van art. 3:291 BW maakt het wel verschil of het contractuele recht voorafgaande of na vestiging van het beperkte recht is verleend.
- 8 Hoe dit laatste vereiste uitwerkt in het voorbeeld van de bruikleen is onduidelijk. Zolang de bruikleenovereenkomst voort bestaat, is de bruiklenner jegens de bruikleengever niet gehouden tot afgifte van de zaak. Gezien art. 7A:1788 BW ontstaat deze verplichting in beginsel pas bij ommekomst van de overeengekomen tijdsduur. Vermoedelijk moet worden aangenomen dat vanuit het perspectief van de beperkt gerechtigde wel een verplichting tot afgifte bestaat, aangezien de bruikleenovereenkomst en elke andere overeenkomst tussen moedergerechtigde en degene die op contractuele basis de feitelijke macht over de zaak heeft, in beginsel niet tegenwerpelijk zijn aan derden.

een door de gefailleerde aangegane overeenkomst kan vorderen als de curator de overeenkomst gestand doet. Weigert hij gestanddoening, dan blijft de overeenkomst voortbestaan en kan de wederpartij zich onverminderd op haar obligatoire rechten blijven beroepen. Hierachter gaat een revolutionaire wijziging schuil. Voorheen bepaalde de Faillissementswet in art. 37 namelijk dat de overeenkomst bij niet-gestanddoening van rechtswege tot ontbinding kwam. Juist voor een wederpartij die op basis van een obligatoire overeenkomst een goed van de gefailleerde onder zich hadden, betekende de oude regel dat het contractuele gebruiksrecht ten einde kwam en de zaak desgevorderd aan de curator moest worden afgestaan. In feite betekende dit dat een recht uit overeenkomst in faillissement niet tegengeworpen kon worden aan derden, namelijk de andere schuldeisers. In het nieuwe recht wordt de obligatoir gerechtigde niet getroffen door het faillissement en kan hij zijn obligatoire gebruiks- of bewaarrecht met betrekking tot de zaak ongestoord blijven uitoefenen, als ware hij goederenrechtelijk gerechtigd.<sup>9</sup>

De nieuwe bepaling blijkt te zijn geschreven voor situaties waarin een goed op basis van een overeenkomst aan een ander in beheer is gegeven. Het gaat dan om verbintenisrechtelijke varianten van een trust, zoals een escrow overeenkomst. Om de belangen van de beheerder en de belangen van derden voor wie de beheerder optrad, veilig te stellen, moest men vroeger zoeken naar soms gekunstelde goederenrechtelijke constructies en interpretaties. Het nieuwe art. 37 Fw betekent dus een bijzondere versterking van obligatoire rechten ten opzichte van derden, die met de autonomie van het goederenrecht moeilijk valt te rijmen. Wel neemt de bepaling de druk weg om voor dergelijke situaties te komen tot fiduciaire wetsinterpretaties ten koste van het systeem en de begrippen van het goederenrecht.<sup>10</sup>

---

9 F.M.J. Verstijlen, De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2006, § 7.2, p. 115, stelt met een beroep op HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 m.nt. PvS (Tiethoff q.q./NMB), dat ook reeds onder het oude art. 37 Fw gold dat de curator niet anders kon dan de rechten van de wederpartij te respecteren zolang deze wederpartij keurig aan haar verplichtingen voldeed, bijvoorbeeld door gewoon huur te blijven betalen. Hiermee rijst de vraag in hoeverre de curator bevoegd was, of anderszins in staat, om een lopend contract te beëindigen ingeval niet door de wederpartij om gestanddoening was verzocht en de curator dus niet *desverzocht* kon weigeren, met ontbinding van rechtswege tot gevolg.

10 Zie W. Sniijders, Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering, in: CJHB (Brunnerbundel), 1994, p. 358, de conclusie op p. 360: "men moet in het bijzonder denken aan obligatoire belêtselen voor de opeising van goederen die de curator niet zelf in handen heeft, en aan obligatoire overeenkomsten ten aanzien van goederen die vooralsnog niet in de boedel vallen, maar ter zake waarvan de curator wel bepaalde



*Reële executie*

Het BW van 1992 biedt in art. 3:299 BW aan de schuldeiser van een verbintenis tot een doen of een nalaten de mogelijkheid om reële executie te bewerkstelligen. Bovendien regelt art. 3:300 BW de reële executie van een verbintenis tot het verrichten van een rechtshandeling. Hierbij moet met name worden gedacht aan de verbintenis tot levering van een goed. Bij verkoop van een goed is de verkoper dientengevolge niet slechts obligatoir gebonden, maar is hij mogelijk ook al een deel van zijn goederenrechtelijke vrijheid kwijt. Bij volledige autonomie zou obligatoire gebondenheid de eigenaar vrijlaten om met zijn zaak te doen wat hij wil, totdat hij ervoor heeft gekozen om zijn verbintenis tot leveren na te komen. De koper kan in een dergelijk stelsel niet meer dan schadevergoeding wegens wanprestatie vorderen.<sup>11</sup> Met de mogelijkheid van reële executie is zijn obligatoire aanspraak echter versterkt in goederenrechtelijke zin, althans in de verhouding tot zijn wederpartij, die tegen haar wil tot levering wordt gedwongen. De mogelijkheid van reële executie maakt het recht op levering verwant aan het aloude concept van een *jus ad rem*.<sup>12</sup>

*Vormering*

Sinds 1 september 2003 bepaalt art. 7:3 BW dat de koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers. Gedurende zes maanden na inschrijving van de koopakte kan de koper zijn obligatoire rechten krachtens lid 3 in beginsel tegenwerpen aan derden die een goederenrechtelijk of quasi-goederenrechtelijk recht verkrijgen na het moment van inschrijving. Overdracht, de vestiging een beperkt recht, onderbewindstelling van het verkochte registergoed, verhuring en verpachting, de vestiging van een kwalitatieve verplichting, een beslag en zelfs faillissement, surseance en schuldsanering kunnen in beginsel niet tegen de koper worden ingeroepen. De obligatoire aanspraak op levering heeft hiermee na inschrijving de kracht van een goederenrechtelijk recht. De bepaling, die grote gelijkenis vertoont met Duits recht, versterkt de rechtsposi-

---

rechten heeft. (...) Men kan het aldus samenvatten dat obligatoire rechten om iets uit de boedel te verkrijgen slechts door indiening ter verificatie kunnen worden geldend gemaakt, maar dat het bij obligatoire verweren tegen de curator anders ligt. (...) De nieuwe opzet van art. 37 neemt een regel weg die onder het oude recht dwong tot het zoeken van goederenrechtelijke of fiduciaire constructies en draagt zo bij tot een minder problematische afgrenzing van goederen- en verbintenissenrecht."

11 Het Engelse recht, waarin van oudsher een vordering tot *specific performance* slechts zeer spaarzaam wordt toegewezen, maakt duidelijk dat autonomie in deze zin niet heel exotisch is.

12 Zie hierover § 3.5.1.4.

tie van de koper ten opzichte van zowel de verkoper als derden, en verlegt zo één van de scheidslijnen tussen verbintenissenrecht en goederenrecht.

#### *Notariële versterking van het kettingbeding*

Niet alleen de genoemde wettelijke bepalingen hebben de verhouding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht gewijzigd, ook in de rechtspraak zijn soms tendensen waar te nemen die de grens op sommige punten verschuiven. Opmerkelijk is bijvoorbeeld de notarieel-tuchtrechtelijke sanctiëring van het kettingbeding.<sup>13</sup> Op grond van de Wet op het notarisambt wordt een notaris door zijn tuchtrechter gehouden geacht onderzoek te doen naar kettingbedingen die de verkoper van een registergoed binden, zo blijkt uit een uitspraak uit 2006:

"Artikel 43 lid 1 van de Wet op het notarisambt jo artikel 4 van de Verordening beroeps- en gedragsregels schrijven voor hoe een notaris zich van zijn voorlichtende taak voorafgaand en tijdens het passeren van een akte dient te kwijten, in het bijzonder met betrekking tot de gevolgen die voor hen, of voor een van hen, uit de inhoud van de akte voortvloeien. Het standpunt van de notaris dat zijn onderzoeksplicht niet meer omvat dan er voor te zorgen dat partijen een onaantastbare rechtshandeling verrichten en dat hij het niet tot zijn plicht rekent er voor te waken dat partijen in strijd handelen met obligatoire beperkingen, is onjuist."<sup>14</sup>

Wanneer deze verkoper ervoor kiest om jegens de schuldeiser door voorbij te gaan aan het kettingbeding wanprestatie te plegen en het registergoed over te dragen zonder doorgifte van het kettingbeding, dwingt de tuchtrechtelijke rechtspraak de notaris om zijn medewerking weigeren. Hij moet daarmee dan een kort geding uitlokken, aan te spannen door zijn opdrachtgever bij de afgeblazen levering, zodat de rechter zal beoordelen of hij in de omstandigheden van het geval gehouden is mede te werken aan de verbreking van het kettingbeding.

Illustratief is een uitspraak uit 2001.<sup>15</sup> Het ging om een geval waarin door een gemeente een anti-speculatiebeding was opgenomen bij de over-

13 Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 14.11, m.n. § 14.11.5.

14 Notariskamer Hof Amsterdam 19 januari 2006, 754/05 NOT, AV0591.

15 Notariskamer Hof Amsterdam 27 december 2001, 363/01 NOT, gerapporteerd en becommentarieerd door R.J. Holtman, WPNR 6477 (2002), p. 172-174. Zie verder E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden - Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever*, diss. 2001, § 5.3.5, p. 152-154; W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, 2<sup>e</sup> druk 2001, § 11 en 40.

dracht aan degene die het pand wenste door te verkopen.<sup>16</sup> De gemeente verleende, des door de notaris gevraagd, ontheffing van het overeengekomen obligatoire vervreemdingsverbod op straffe van een dwangsom, maar op voorwaarden waaraan de eigenaar niet kon voldoen. Op grond van art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt besloot de notaris niet mee te werken aan een overdracht in strijd met de door de rechthebbende jegens de gemeente aangegane verplichtingen; vervolgens werd een klacht bij de tuchtrechter ingediend. De uitspraak vermeldt dat de notaris zijn medewerking aan het passeren van de akte dient te weigeren, zodat de partijen hem in kort geding zullen dagvaarden. De burgerlijke rechter kan zich dan uitspreken over de betrokken belangen van de derde jegens wie wanprestatie zou worden gepleegd. Dit betekent dat het niet uitgesloten is dat een notaris meewerkt aan een levering die een wanprestatie jegens een derde oplevert; de notaris kan dat echter alleen nadat een burgerlijke rechter hem daarvoor groen licht heeft gegeven. Uitdrukkelijk wordt vermeld dat zo wordt voorkomen dat "de notaris op de stoel van de rechter gaat zitten. Het geven van een oordeel als ware hij rechter is geen taak van een notaris." De uitspraak betreft elke vorm van niet-nakoming van een verplichting van de vervreemder en werpt dus ook voor de bewuste verbreking van een kettingbeding een belemmering op.<sup>17</sup>

Merkwaardig is dat de belanghebbende hierbij in beginsel geen partij is. De notaris zelf zal vanwege zijn ambtsgeheim aarzelen om de belanghebbende derde op de hoogte te brengen. Wellicht zal de rechter de belanghebbende oproepen alvorens vonnis te wijzen.<sup>18</sup> Wanneer de belanghebbende vasthoudt aan het kettingbeding, zal hij vorderen dat de verkoper wordt veroordeeld tot doorgifte. Het is onzeker in hoeverre de koper zich dan tegen doorgifte kan verzetten indien hij ten tijde van de verkoop

---

16 Het anti-speculatiebeding is een van de meest typische voorbeelden van een kettingbeding. Zie over de rechtsgeldigheid van het anti-speculatiebeding in verband met doorkruising van het publiekrecht o.a. HR 14 april 2006, NJ 2006, 445 m nt MRM. In HR 24 februari 2006, NJ 2006, 301 m nt. P.C.E. van Wijmen, is een 'groen-overeenkomst', die de verkrijger van grond door middel van een kettingbeding verplichtte bij te dragen in de kosten van onderhoud van gemeentelijke groenvoorzieningen, om dezelfde reden nietig verklaard.

17 Er is een restrictieve lezing van deze tuchtspraak denkbaar: het betrof een toestemmingsclausule ten behoeve van een derde die zich desgevraagd uitdrukkelijk jegens de notaris had uitgesproken over de voorwaarden voor toestemming.

18 Als het komt tot een kort geding-procedure tegen de ministerie weigerende notaris, is vanuit procesueel oogpunt onduidelijk of en hoe de belanghebbende derde in de procedure moet worden betrokken.

wist of behoorde te weten dat de verkoper door verbreking van de ketting wanprestatie jegens de belanghebbende ging plegen.<sup>19</sup>

Zo is opnieuw sprake van een versterking van de obligatoire aanspraak van de belanghebbende van het kettingbeding: de schuldenaar is niet meer vrij in zijn keuze om zijn verbintenis niet na te komen, op straffe van schadevergoeding uiteraard. De 'begunstigde' van het kettingbeding ziet de obligatoire aanspraak die daarvan de kern uitmaakt, bijvoorbeeld het recht dat de wederpartij een bepaalde activiteit verricht, versterkt worden, doordat de notaris toeziet op doorgifte van het kettingbeding.

### *Profiteren van andermans wanprestatie*

Het kettingbeding en ook de hierna volgende bespreking van een nieuwe benadering van Smits verleiden tot een opmerking over de derdenwerking van verbintenissen op grond van het leerstuk profiteren van andermans wanprestatie. Het gaat dan om de situatie waarin sprake is van een overeenkomst die kan leiden tot de verkrijging van de goed, maar het goed door de wederpartij wordt overgedragen aan een derde. Deze derde profiteert van de wanprestatie. Dit kan tot gevolg hebben dat de derde wordt veroordeeld tot levering van het verkregen goed aan degene die het oudere verbintenisrechtelijke recht op verkrijging van het goed had. In een dergelijk geval kan worden gezegd dat dit recht derdenwerking heeft gehad, doordat het kon worden tegengeworpen aan een derde.

Toch is er een groot verschil met de situatie waarin de interventie van een notaris ertoe leidt dat een kettingbeding wordt nagekomen. Daarin handelt de notaris zelfstandig zonder dat daarbij het gedrag of de opstelling van de derde die zou profiteren van verbreking van de keten, een rol speelt. Essentieel in het leerstuk profiteren van andermans wanprestatie is dat door degene die profiteert, daarbij wordt gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens de gedupeerde, aangezien voor de profiteur duidelijk was wat het belang van de gedupeerde was en hij misbruik maakte van zijn bijzondere positie om de

---

19 Zie in het kader van een kettingbeding HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 m ntn. CJHB en WMK (Curacao/Boyé), vermeld in HR 10 november 1995, NJ 1996, 271 (Luttikhuisen/Van Mourik). In Curacao/Boyé is beslist dat de enkele kenbaarheid van het beding en van de dreigende schade onvoldoende zijn om de koper gebonden te achten, van belang zijn onder meer de omstandigheid of de koper het beding kende, de omstandigheid of hij de doorbreking van het kettingbeding door de verkoper heeft beïnvloed, de omstandigheid of de doorbreking van het kettingbeding voor de koper bij de aankoopbeslissing een rol heeft gespeeld, en verder de ernst van het nadeel dat de derde lijdt bij doorbreking van het kettingbeding en de voorzienbaarheid van dit nadeel voor de koper op het moment van de aankoop. Zie ook Rank-Berenschot, diss., § 845.

wanprestatie te bewerkstelligen.<sup>20</sup> De derde pleegt dus een eigen onrechtmatige daad jegens degene wiens obligatoire aanspraak wordt gefrustreerd. Gezien het eigen handelen van de derde, gaat het niet om een klassiek geval van derdenwerking. Men kan zelfs stellen dat van derdenwerking helemaal geen sprake is.

Bovendien is meer in het algemeen een consequentie van de scherpe scheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht in het Savigniaanse model, in verband met de autonomie van beide rechtsgebieden, dat het leerstuk van de derdenwerking van verbintenissen eigenlijk vanuit goederenrechtelijk perspectief niet relevant is. In het Savigniaanse systeem is het goederenrecht autarkisch: er bestaan zelfstandige regels voor de vestiging en de inhoud, en het tenietgaan van de verschillende goederenrechtelijke rechten. Is een goederenrechtelijk recht gevestigd, dan is de derdenwerking daarvan vanzelfsprekend. De kwalificatie van een recht met betrekking tot een goed als een goederenrechtelijk recht verschaft een entreebewijs tot de wereld van het goederenrecht. Binnen deze wereld is de tegenwerpelijkheid van goederenrechtelijke rechten aan derden, evenals de vatbaarheid voor overgang onder algemene of bijzondere titel en de vatbaarheid voor beslag een gegeven.

Dat er binnen de wereld van het verbintenissenrecht criteria zijn ontwikkeld voor een mate van derdenwerking van een verbintenis laat het goederenrecht koud. Bezien vanuit de wereld van het goederenrecht betekent enige mate van derdenwerking van een verbintenis op grond van bijzondere normen uit het verbintenissenrecht, nog geenszins dat daarmee toegang is verkregen tot de wereld van het goederenrecht. Derdenwerking van een verbintenis maakt het recht van de schuldeiser nog niet tot een goederenrechtelijk recht. Erkenning als goederenrechtelijk recht geschiedt in het pandektistische model alleen indien de goederenrechtelijke regels voor de vestiging van een in de wet bepaald type goederenrechtelijk recht zijn gevolgd. Zou het Savigniaanse onderscheid tussen verbintenissenrecht en goederenrecht echter worden afgeschaft, zoals is voorgesteld door Smits, dan wordt alles anders.

---

20 HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 m nt. GJS (Pos/Van den Bosch), HR 23 december 2005, NJ 2003, 33, en verder o a de hiervoor genoemde arresten in het kader van het kettingbeding.

### 9.2.1.2 De nieuwe interpretatie van Smits

#### *Uiteenzetting*

In 1996 schreef J.M. Smits een opstel getiteld: *Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten*.<sup>21</sup> Hierin presenteert Smits de uitgangspunten voor herformulering van het dogma van de numerus clausus in het goederenrecht. Geïnspireerd door het Zuid-Afrikaanse recht<sup>22</sup>, beoogt Smits een aanzet te geven tot "een nieuwe interpretatie van de numerus clausus". Daarbij gaat hij als een iconoclast te werk: hij neemt afstand van alle fundamenteën van het goederenrecht, zoals deze aan het slot van hoofdstuk 3 zijn geschetst. De 19<sup>e</sup> eeuwse visie lijkt bij hem te hebben afgedaan;

"Wie vasthoudt aan een strikte scheiding van goederen- en verbintenissenrecht, weet immers geen raad met figuren die zich in het tussengebied bevinden, figuren die steeds meer aandacht lijken te vragen"<sup>23</sup>

De invalshoek van Smits is dus vooral bepaald door de overgangs- of tussenfiguren; hij noemt de kwalitatieve verplichtingen en rechten, paarsprongen, 'derden-aansprakelijkheid', de regel 'koop breekt geen huur' en bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.<sup>24</sup> Smits verwerpt 'de Savigniaanse dichotomie van het vermogensrecht':

"Een *zeitgemasses* privaatrecht heeft behoefte aan een dogmatiek waarin verbintenissen- en goederenrecht op één noemer zijn teruggebracht zodat ten principale de vraag kan worden gesteld wanneer men jegens wie gebonden is"<sup>25</sup>

Vanuit de wens om overgangsfiguren te kunnen plaatsen, gaat Smits over tot een andere benadering van het begrip 'zakelijk recht'.

Smits neemt ook afstand van de traditionele benadering waarin de handhaafbaarheid van een recht wordt afgeleid uit de vaststelling dat sprake is van een zakelijk recht. Zijns inziens dient omgekeerd de kwalificatie zakelijk recht te worden afgeleid uit de handhaafbaarheid van een recht jegens derden. De traditionele 'top-down-redenering' zou moeten

21 J M Smits, *Van partijen en derden, over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten*, GOM XIII (1996), p. 41-64

22 Zie de beschrijving in § 4.4

23 Smits, p. 63.

24 Smits, noot 2 en p. 63.

25 Smits, p. 56, slot van § 5. Zie ook p. 62. "Deze nieuwe interpretatie van numerus clausus impliceert dat men niet langer zou moeten spreken van bronnen van verbintenis, maar van bronnen van rechten"

worden vervangen door een 'bottom-up-redenering'.<sup>26</sup> Deze benadering wordt mede ingegeven door een analyse van de eigendom en de beperkte zakelijke rechten, waarin de rechtsverhouding tot andere betrokkenen ten aanzien van een zaak centraal staat in plaats van de macht over de zaak. Deze benadering, die wat betreft het eigendomsrecht bekend staat als de respectleer, heeft in Nederland opgeld gedaan vooral door de dissertatie van Kisch uit 1932 en later de rede van Eggens voor de KNAW.<sup>27</sup> Voor het beperkte recht treft men een variant van deze benadering aan in de dissertatie van Rank-Berenschot.<sup>28</sup> Een kiem voor deze benadering is te vinden in het opstel van Meijers uit 1907, dat in § 3.4.2.8 uitvoerig is beschreven: Meijers behandelt daar de wettelijke catalogus van zakelijke rechten mede in het perspectief van de vraag in hoeverre verbintenissen tegenwerpelijk zijn aan derden.<sup>29</sup>

De respectleer verleidt Smits tot een benadering die in het algemeen de focus richt op de tegenwerpelijkheid van rechten aan derden. Deze analyse berust in belangrijke mate op analyse van het wezen van een zakelijk recht ten opzichte van dat van een persoonlijk recht.

26 Smits, p. 55.

27 I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*, diss. Amsterdam, 1932, en J. Eggens, *Over de verhouding van eigendom en verbintenis*, 1960, p. 187-204. Vgl. in Frankrijk de these van S. Ginossar, *Droit réel, propriété et garantie - Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, 1960, met de kritische bespreking van Jean Dabin, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv 1962, p. 20-44, en een reactie van Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, RTDCiv 1962, p. 573-589. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, *De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen*, AAe 22 (1973), p. 426-436.

28 E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden, 1992, p. 335, die het beperkte zakelijke recht definieert als 'een door eigendom gekwalificeerde obligatoire gebondenheid'. In plaats van het duo persoonlijk-zakelijk recht geldt dan volgens haar het trio volledig-beperkt-persoonlijk recht, waarbij de caesuur ligt tussen volledig recht enerzijds en beperkt en persoonlijk recht anderzijds.

29 Op p. 56 geeft Smits een kort citaat uit het opstel van Meijers. Hiermee zet hij de lezer wat op het verkeerde been; m.i. ontstaat ten onrechte de schijn dat zijn benadering in het verlengde van de gedachten van Meijers ligt. Om organisatorische redenen stond Meijers immers juist de handhaving van de scheiding tussen verbintenissenrecht en zakenrecht voor. Zie nader de analyse van zijn opstel in § 3.4.2.8. Zie ook *De algemene begrippen*, van Meijers, 1947, p. 314: "Wellicht komt men er in de toekomst toe bij de overeenkomsten tot het verstrekken van rechten alleen te onderscheiden of een recht ten volle moet overgedragen worden of slechts het recht tot een beperkt genot moet verschaft worden, zonder bij de laatste rubriek een principieel onderscheid te maken of dit een absoluut of een relatief recht zal zijn. Men zou dan kunnen volstaan met bij iedere overeenkomst tot het vestigen van zodanige beperkte rechten aan te geven onder welke voorwaarden en op welke wijze te bewerkstelligen is, dat dit recht een absoluut karakter krijgt. In de tegenwoordige rechtsstelsels zijn wij zover nog niet."

In deze benadering wordt het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten opgegeven ten gunste van een benadering waarin de mate van derdenwerking bepalend is voor de toepasselijkheid van de regels van het goederenrecht. Steeds wanneer gepretendeerd wordt dat een recht in meer of mindere mate ook werkt jegens derden zoals crediteuren van de gene op wie een verbintenis rust, of verkrijgers onder bijzondere titel, wordt het recht in meer of mindere mate goederenrechtelijk van aard; absoluut wordt betrekkelijk. Zo raakt niet slechts het wezen van een zakelijk recht in het geding, maar ook het eigendomsbegrip.

Smits zet nog enige stappen verder op de weg van vernieuwing van het eigendomsbegrip met een pleidooi om de 'gesplitste eigendom' te aanvaarden voor het Nederlandse recht:

"Een nieuwe interpretatie van de *numerus clausus* vanuit de idee dat slechts relevant is de (mate van) handhaafbaarheid van een recht jegens derden, zou nu uit kunnen gaan van een eigendomsbegrip waarbij wordt gesplitst *naar die handhaafbaarheid* iemand bezit een bepaald deel van de eigendom omdat hij dat kan handhaven jegens een bepaald aantal personen. Jegens hen is hij eigenaar, jegens anderen niet."<sup>30</sup>

In hoeverre men een eigendomsrecht heeft, zou zo afhankelijk worden van de handhaafbaarheid van het recht in de relatie tot één of meer derden.<sup>31</sup> Deze benadering zou volgens Smits behulpzaam zijn bij het duiden van sommige 'verbintenisrechtelijke' tussenfiguren. De begunstigde van een derdenbeding en de gefrustreerde schuldeiser van een verbintenis in de nakoming waarvan ten gevolge van onrechtmatig handelen van een derde wanprestatie is gepleegd, zouden, evenals de verkoper op grond van zijn reclamerecht, "een soort eigendom" hebben en "gesplitst eigenaar" zijn van de desbetreffende zaak.<sup>32</sup>

Dit "vernieuwde eigendomsconcept", gebaseerd op een *bottom-up*-redenering, waarbij "van een persoonlijk of zakelijk recht *an sich* niet langer kan worden gesproken", dwingt tot de ontwikkeling van criteria ter be-

---

30 Smits, p. 61

31 Eerder dan 'gesplitste eigendom' lijkt het te gaan om 'relatieve eigendom'. De Anglo-Amerikaanse *better title*-benadering is hierin herkenbaar. Smits, noot 103, verwijst dan ook naar trustverhoudingen en elders naar Engelse bronnen. Dit betekent dat Smits implicite een benadering voorstaat waarin verschillende gradaties van 'zakelijkheid' kunnen bestaan, naar de mate van handhaafbaarheid jegens derden. Vgl. de signalering van deze tendens door B. W. M. Nieskens-Isphording en R. D. Vriesendorp, Slotbeschouwing, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, 1997, p. 197, met vermelding van de bezitsactie uit art. 3:125 BW.

32 Smits, p. 62



antwoording van de vraag wanneer een recht handhaafbaar is jegens derden. Smits geeft er twee: ten eerste moeten de partijen hebben gewild een recht ten aanzien van een zaak te creëren dat handhaafbaar is jegens derden, en ten tweede moet dat recht in enige mate kenbaar zijn voor derden. Deze openbaarheid kan uiteraard worden bewerkstelligd door middel van een stelsel van inschrijving in openbare registers, "maar men vermag in het hier gepresenteerde stelsel niet in te zien waarom niet ook kenbaarheid van het recht voor alle daarbij betrokken personen voldoende zou zijn voor het aannemen van een traditioneel zakelijk recht".<sup>33</sup>

### *Evaluatie*

De aanzet van Smits tot "een nieuwe interpretatie van de numerus clausus" is naar mijn mening onvoldoende vruchtbaar en misschien zelfs contra-productief. Het is fraai te spreken over vernieuwing, maar deze vernieuwing komt eigenlijk neer op afschaffing van de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten. De verbintenisrechtelijke criteria voor de derdenwerking van verbintenissen worden dan maatgevend voor het ontstaan van goederenrechtelijke rechten. Daarbij zouden de regels van het goederenrecht voor het in het leven roepen van goederenrechtelijke rechten moeten opgaan in de criteria voor de derdenwerking van verbintenissen. Hier wreekt zich dan dat binnen het goederenrecht geen algemene criteria bestaan voor de erkenning als goederenrechtelijk recht in algemene zin: de doctrine is er nooit in geslaagd om een duidelijke en hanteerbare definitie te ontwikkelen voor het goederenrechtelijk recht in het algemeen. De numerus clausus maakt een algemene definitie ook overbodig: de numerus clausus brengt mee dat er alleen sprake is van een goederenrechtelijk recht, indien wordt voldaan aan de vereisten voor vestiging van dat type goederenrechtelijk recht. Weliswaar bestaan er afzonderlijke criteria voor elk type, zoals de eindigheid van het recht van vruchtgebruik in de tijd en ooit het nutsvereiste en het naburigheidsvereiste voor het recht van erfdienstbaarheid, maar deze criteria kunnen niet behulpzaam zijn wanneer de scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht wegvalt. Dan zou immers in beginsel iedere verbintenis met iedere inhoud een vorm van derdenwerking kunnen krijgen en zouden naast de nu bekende wettelijke typen goederenrechtelijke rechten ook allerlei nieuwe varianten kunnen verschijnen. De specifieke criteria voor de nu bestaande goederenrechtelijke rechten verliezen dan hun betekenis. Ze kunnen ook niet een functie vervullen binnen de normen voor de derdenwerking van verbintenissen, want dan zou de derdenwerking van verbinte-

nissen toch weer afhankelijk wordt gemaakt van het goederenrechtelijke keurslijf van de *numerus clausus*.

Het zou dus niet eenvoudig zijn om de *numerus clausus* te verbannen uit het vermogensrecht, aangezien de *numerus clausus* het fundament biedt voor de autonomie van het goederenrecht. Afschaffing van het Savigniaanse model, waarin de autonomie van verbintenissenrecht en goederenrecht noodzakelijk is, zou betekenen dat de criteria voor derdenwerking van verbintenissen van groot belang worden. Bij de huidige stand van het leerstuk van de derdenwerking van verbintenissen is het onvoldoende ontwikkeld om bepalend te kunnen zijn voor de derdenwerking van rechten. De kenbaarheid van een recht en daarmee van de daartegenover staande verplichting is uiteraard goed te rijmen met het publiciteitsvereiste dat aan de meeste vestigingsformaliteiten uit het goederenrecht ten grondslag ligt. Het vereiste dat sprake is van een bijzondere positie van de derde ten opzichte van degene die zijn recht aan die derde wil tegenwerpen of ten opzichte van degene die de met het recht corresponderende verplichting heeft aanvaard, zou echter meebrengen dat rechten alleen in bijzondere omstandigheden goederenrechtelijke status zouden krijgen. De vereisten voor derdenwerking van verbintenissen zouden dus bij afschaffing van het onderscheid tussen verbintenissenrecht en goederenrecht aanzienlijk moeten worden verruimd en aangepast. Het ligt voor de hand dat daarbij toch aansluiting zou worden gezocht bij de nu geldende algemene regels voor de vestiging van goederenrechtelijke rechten. De afbraak van het Savigniaanse model heeft dan uiteindelijk weinig te betekenen.

Indien het algemene door Smits voorgestelde vereiste van kenbaarheid soepel wordt toegepast, kan aan elke denkbare verbintenis ten aanzien van een zaak werking jegens één of meer betrokken derden worden toegekend. In de bottom up-redenering van Smits betekent de handhaafbaarheid jegens derden dat sprake is van een goederenrechtelijk recht. De consequentie is dat een onbeperkt aantal varianten van goederenrechtelijke rechten zou kunnen worden geschapen. Door hun grenzeloos rijke schakering zijn deze varianten noodzakelijkerwijs onbenoemd. Bovendien verliest het eigendomsbegrip, voor zover het eigendomsrecht nog naast de andere goederenrechtelijke rechten te onderscheiden zou zijn, zijn abstractie en zijn uniformiteit. Meer *apertus* kan de *numerus* niet zijn.<sup>34</sup>

---

34 Vgl. J.M.M. Maeijer, *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen*, preadvies BCN 1966, p. 47-48: "De rangschikking van de erfdienstbaarheid als zakelijk recht in een gesloten stelsel, brengt aldus beperkende gevolgen met zich met betrekking tot de inhoud van dat recht die niet door de tot overeenstemming geraakte wederzijdse partijwil vrijelijk kan worden bepaald. Het begrip 'zakelijk recht' zoals wij

Naar mijn mening is het wenselijk vast te houden aan het uitgangspunt dat uit de wet wordt afgeleid welke rechten goederenrechtelijk zijn, en op basis daarvan te concluderen dat een recht ten aanzien van een goed in beginsel derdenwerking heeft.<sup>35</sup> In verband hiermee kies ik juist voor handhaving van de dichotomie; de reductie van de twee rechtsgebieden tot één abstractere noemer verwoest de structuur van het vermogensrecht.<sup>36</sup> De nieuwe benadering van Smits kan leiden tot een veelkleurig spectrum van rechten met meer of minder derdenwerking. Zo wordt niet alleen de organisatorische functie van de *numerus clausus* en meer algemeen van het onderscheid tussen goederenrechtelijke rechten en verbintenissen miskend, maar blijft er weinig over van de rechtszekerheid voor de betrokkenen bij een recht. De consequentie is bovendien dat aan de rechtspraktijk allerlei, in de Duitse doctrine zogenoemde 'oriënteringszekerheden' worden ontnomen; het conceptuele onderscheid tussen persoonlijke rechten met betrekking tot een goed en goederenrechtelijke rechten, en de wettelijke typencatalogus bieden de rechtspraktijk houvast bij de inrichting van hun rechtsverhoudingen.<sup>37</sup> De benadering van Smits gaat ten koste van de zekerheden die kunnen worden ontleend aan een eeuwenoude structuur. Bij zijn terechte poging om dogmatische en praktische ruimte te creëren voor tussen- of overgangsfiguren gooit hij met het badwater ook het kind weg.

---

dat kennen en gebruiken, wordt wezenlijk beïnvloed door het bewust of onbewust plaatsen van dit begrip tegen de achtergrond van het gesloten stelsel. Zouden wij opteren vóór een open systeem, dan zou ook het wezen van het zakelijk recht naar mijn overtuiging veranderen."

35 De traditionele, door Smits zogenoemde *top down*-redenering.

36 Vgl. Kenneth G.C. Reid, *Obligations and Property: Exploring the Border*, in: *The Limits of the Law of Obligations*, 1997, de conclusie op p. 244-245: "The existence of a border between property and obligations - between real rights and personal rights - is a fundamental structural feature of any legal system where the law of property is based on Roman law and the *jus commune*. As with many borders, there are difficult cases which may sometimes lead to the disputes. But as to the existence of a border there can be no dispute. (...) Any adaptation or innovation must work as far as possible within the traditional categories. The alternative is structural incoherence, conceptual drift and, if pressed too far, the collapse of the law of property into the law of obligations."

37 Dit houvast kent ook een rechtseconomische dimensie, zoals is gebleken in § 5.4. Weliswaar is de crux van de benadering van Smits dat derdenwerking afhankelijk wordt gemaakt van de kenbaarheid van een recht, maar de oneindige diversiteit van de in het leven te roepen rechten noodzaakt rechtsverkrigters tot gedetailleerd extra grondig onderzoek in ieder geval opnieuw. Rechtseconomisch is deze 'anti-standaardisatie' onverantwoord.

### Overgangsfiguren

Smits heeft beoogd door middel van een nieuwe dogmatische benadering van het begrip zakelijk recht een kader te scheppen waarin de zogenaamde tussen- en overgangsfiguren beter ondergebracht kunnen worden dan in de traditionele Savigniaanse dichotomie. Voor mij is het echter minder evident dat de overgangsvormen noodzaken tot een dergelijke revolutionaire deconstructie van de fundamentele begrippen van het vermogensrecht. Overgangsvormen en tussenfiguren zijn wat ze worden genoemd; rechtsfiguren die aan één kant van de scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht worden geplaatst, maar ook kenmerken van de gene zijde vertonen. Dit behoeft niet problematisch te zijn, mits de bijzondere kenmerken een duidelijke grondslag hebben.

Ten aanzien van de vraag of en in hoeverre het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten het oude en het nieuwe recht beheerst, schrijft Rank-Berenschot in de conclusie van haar dissertatie:

"Thans kan worden geconcludeerd dat het onderscheid ten minste *formeel* voor beide stelsels geldt: het is aan de indeling van de wetboeken ten grondslag gelegd. *Materieel* heeft zich inmiddels een wijziging voltrokken, in die zin dat men het toekennen van zakelijke eigenschappen aan persoonlijke rechten en omgekeerd niet steeds vermijdt. Deze tendens zet zich voort in enkele wettelijke bepalingen van het NBW en wordt voor de nieuwe code ook buiten deze bepalingen niet geheel verworpen. Dit impliceert dat de oude dichotomie een geringer gewicht krijgt. Mede tegen de achtergrond van haar formele voortbestaan kan zij echter nog niet als volledig achterhaald worden beschouwd. Wel doet het groeiend aantal inbreuken op het beginsel inzien dat het niet gaat om een dwingend opgelegd gegeven. Wanneer men het ontdoet van het aureool van onvermijdelijkheid en bedenkt dat geen enkele zakelijke of persoonlijke eigenschap van nature of logisch dwingend aan enig subjectief recht is verbonden, dan schept men ruimte voor aanvullingen van leemten en oplossingen van tegenstrijdigheden, tevens worden tussenfiguren begrijpelijk."<sup>38</sup>

Terecht ontdoet Rank-Berenschot de *numerus clausus* van de axiomatische dwang die dogma's vaak kenmerkt. Toch blijft de dichotomie zinvol, omdat zij van praktisch belang is.

Het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht is naar mijn mening een doelmatig uitgangspunt van het wettelijk systeem, een organisatorische basis voor rechtsfiguren die vervolgens een nadere, uitzonderlijke regeling krijgen. Voor rechtsfiguren aan de verbintenisrechtelijke kant van de scheiding betekent dit dat de gewenste derdenwerking een bijzondere wettelijke grondslag behoeft. Voor zover dat wenselijk wordt geacht, kan anderzijds voor rechtsfiguren aan de goederenrechtelijke kant de absoluutheid worden ingeperkt door in een wettelijke regeling

gedoseerd afbreuk te doen aan het in beginsel zakelijke karakter van de tussenfiguur. In deze betrekkelijk pragmatische omgang met de Savigniaanse dichotomie zijn overgangsvormen en tussenfiguren volkomen acceptabel, mits berustend op een duidelijke wettelijke grondslag.

Deze kijk is niet nieuw; zij ligt besloten in de al in hoofdstuk 3 geciteerde passage uit het opstel van Meijers uit 1907, waarvan het hier meest relevante gedeelte luidt:

"Of een recht van veer, een recht van weidegang, een recht van voorpoting, een recht, van iederen bewoner van een gebouw te vorderen, dat daarin een zeker bedrijf niet wordt uitgeoefend, zakelijke rechten of zoogenaamde *jura in personam in rem scripta* zijn, doet niets ter zake, mits maar vaststaat, dat deze rechten van verdere strekking zijn dan een gewone verbintenis."\* Daar de wet nergens uitdrukkelijk verklaart, dat deze rechten gevestigd kunnen worden, kunnen zij onder de tegenwoordige wetgeving niet, hetzij door overeenkomst, hetzij door verjaring, verkregen worden."<sup>39</sup>

Zolang men het primaat van de wet aanvaardt en men bereid is rechtsregels steeds te baseren op de uitdrukkelijke wettelijke regeling of af te leiden uit het impliciete systeem van de wet, vormt het Savigniaanse concept van het vermogensrecht, met zijn scheiding van verbintenissenrecht en goederenrecht, een duidelijk kader waarin tussenvormen kunnen worden geplaatst op basis van doelmatigheidsoverwegingen.<sup>40</sup> Het aan de wet ten grondslag liggende systeem van beginselen van het goederenrecht, dat nog wordt toegelicht in § 9.5.1, biedt daarbij de benodigde sturing en flexibiliteit.

### 9.2.2 Het eigendomsbegrip

Het andere element van het Savigniaanse systeem, dat naast de dichotomie van verbintenissenrecht en goederenrecht het meest op de schop wordt genomen, is het eigendomsbegrip. In § 3.7.2 is een beschrijving gegeven van de zes aspecten van het eigendomsbegrip, die ten dele ook in de andere volledige rechten en tevens in alle beperkte goederenrechtelijke

- 
- 39 Meijers, p. 25. De hier geciteerde passage volgt direct op de door Smits op p. 56 geciteerde zin, weergegeven in hoofdstuk 3. De asterisk representeert de voetmoot van Meijers, waarin naar Blaauboer/Berlips wordt verwezen: "Of al deze rechten inderdaad van verdere strekking zijn dan een gewone verbintenis, en in het bijzonder of dat met een beding, dat iederen eigenaar van een perceel verbiedt daarin een zeker bedrijf uit te oefenen, het geval is, is een vraag, die buiten dit opstel staat. Men zie daaromtrent het bekende arrest van den Hoogen Raad van 3 Maart 1905, W. 8191."
- 40 Doelmatigheid is volgens Meijers uiteindelijk de enige factor van betekenis wanneer de wetgever de keuze maakt tussen de zakelijke en de verbintenisrechtelijke status van een rechtsfiguur, zo blijkt uit zijn Algemene begrippen, *passim*.

rechten te onderkennen zijn. Sommige aspecten van het eigendomsbegrip, die overigens niet alle scherp van elkaar te onderscheiden zijn, staan onder druk door tendensen in vooral de doctrine. Na een korte algemene schets wordt nader ingegaan op een belangrijk voorstel van Van Velten, dat te boek staat als 'gereguleerde eigendom'.

### 9.2.2.1 Tendensen

Waar het eigendomsbegrip ter discussie wordt gesteld, gaat het vrijwel altijd om ofwel de totaliteit van de eigendom ofwel de uniformiteit van de eigendom.

#### *Gesplitste eigendom*

Het kenmerk van totaliteit betekent in begripsmatig opzicht dat alle denkbare bevoegdheden deel uitmaken van het eigendomsrecht. Hierdoor behoeven die bevoegdheden niet te worden gespecificeerd, wat ook wordt aangeduid met de term 'abstract'. Uit de totaliteit wordt afgeleid dat de bevoegdheden niet uit het eigendomsrecht of uit andere typen volledige rechten kunnen worden afgesplitst, behalve door vestiging van een beperkt recht of door andere specifiek in de wet toegelaten vormen van zelfstandiging van bevoegdheden. Zo gezien staat het kenmerk van totaliteit eraan in de weg dat met betrekking tot één goed verschillende eigendomsrechten naast elkaar bestaan.

In hoofdstuk 7 is gebleken dat in de continentaal-Europese doctrine op steeds grotere schaal wordt gepleit voor invoering van een trust Engelse stijl, waarbij de rechthebbende tot een goed zijn rechten en bevoegdheden uitoefent in het belang van een ander. De tot voor kort gangbare karakterisering van de trust, ook in de Engelse doctrine, is die van gesplitste eigendom, aangezien de aanspraak van de belanghebbende goederenrechtelijke vertrekken vertoont. Ook de fiduciaire eigendom tot zekerheid kan worden gezien als gesplitste eigendom, naarmate de bevoegdheden van de fiduciair eigenaar worden beperkt en de aanspraken van de belanghebbende worden versterkt. Sterker dan bij de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid blijkt dit verschijnsel bij de levering onder voorbehoud van eigendom; omwille van de bescherming van de verkrijger en ook omwille van de verhandelbaarheid van zijn rechtspositie bestaat in de doctrine een sterke neiging om zijn positie goederenrechtelijk te verklaren en aan te kleden, geïnspireerd door het Duitse *Anwartschaftsrecht*.

Alle vormen van fiduciaire eigendom zetten dus de onsplitsbaarheid, als afgeleide van de totaliteit, van het eigendomsrecht onder druk.<sup>41</sup>

Geïnspireerd door de tendensen in het internationale rechtsverkeer stelt de doctrine steeds uitdrukkelijker het eigendomsbegrip ter discussie.<sup>42</sup> Dit geldt niet alleen voor Nederland; Wiegand schrijft voor Duitsland en Zwitserland:

"In der rechtspolitischen Debatte ist das geteilte Eigentum nie verschwunden. Auch dies ist ein häufig zu beobachtendes Phänomen, daß die von dem systematischen Rigorismus und der Begrifflichkeit der Pandektistik verdrängten Vorstellungen virulent bleiben und, nicht zuletzt weil sie oft genug wirklichkeitsnaher sind, immer wieder von neuem aufgegriffen werden."<sup>43</sup>

### *Pluriforme eigendom*

Met de abstractie van het eigendomsbegrip wordt onder andere gedoeld op het uitgangspunt dat de bevoegdheden van de eigenaar niet zijn gereleateerd aan bepaalde maatschappelijke doelen, zoals bewoning, levensonderhoud of economische productie. Dit aspect vertoont enige overlap met uniformiteit als kenmerk van het eigendomsbegrip.

Vermeld is al dat fiduciaire vormen van eigendom, thans nog steeds in de wettelijke vorm van het eigendomsvoorbehoud, het eigendomsbegrip minder abstract en daarmee minder uniform maken. Daarnaast hebben publiekrechtelijke regelingen afbreuk gedaan aan de uniformiteit van

---

41 Fiduciaire eigendom is verder altijd doelgericht en tast daarmee ook anderszins de abstractie van het eigendomsrecht aan. Naarmate fiduciaire eigendom een zelfstandig type recht wordt, vermindert ook de uniformiteit van het eigendomsbegrip en treedt een pluriformer begrip ervoor in de plaats.

42 Zie vooral J. B. Vegter, recensie dissertatie van Rank-Berenschot, WPNR 6112 (1993), § 7 en § 10.

43 Wolfgang Wiegand, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft der Abstrakte Eigentumsbegriff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III, 1976, op p. 154, waar ook: "Das starre Gegenüber von ius in re (aliena) und Eigentum, die unbedingte Unteilbarkeit dieses Eigentums, die völlige Zweckfreiheit stellen die Eigentumsdogmatik gerade da vor unlosbare Aufgabe, wo sie ihre eigentliche Bewährungsprobe zu leisten hatte. Im Bereich des Vorbehaltskauf und der Sicherungsübereignung, wie in den damit zusammenhängenden verfahrens- und vollstreckungsrechtlichen Komplexen, steht das Dogma der Unteilbarkeit sachgerechten und problemorientierten Lösungen entgegen." Het is interessant om te zien "wie etwa dem Anwartschaftsberechtigten Schritt für Schritt Positionen und Rechtsbehelfe zugebilligt werden, wie sie dem Nutzungseigentümer zustanden und die ihn funktionell zum Teileigentümer machten. Der Anerkennung dieser Funktionsteilung steht hier - wie bei der Sicherungsübereignung - der Begriff des totalen, unteilbaren, abstrakten Eigentums entgegen, der seiner zentralen Aufgabe, der dinglichen Zuordnung der Sachen, nicht gerecht werden kann." Zie ook Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 21, ten dele geciteerd en besproken in § 8.2.

eigendom; ten aanzien van een stuk bosgrond heeft de eigenaar andere gebruiksbevoegdheden dan ten aanzien van een industriegebied of bouwgrond, ook al zijn de rechten en bevoegdheden in privaatrechtelijk opzicht gelijk. Deze publiekrechtelijke regelingen zijn de weerslag van een tendens tot vermaatschappelijking van de eigendom.<sup>44</sup> Onder andere Schut heeft voorgesteld om door middel van wetgeving enige differentiatie naar de aard van de in eigendom bezeten zaak aan te brengen, op de eerste plaats door onderscheiding van roerende en onroerende zaken:

"Het komt mij voor dat hedendaagse opvattingen over eigendom en gebruik van grond en gebouwen een aparte regeling voor onroerend goed wenselijk maken, temeer daar juist op dit terrein een toenemende onderlinge vervlechting van publiek- en privaatrecht valt waar te nemen."<sup>45</sup>

De eigenaarsbevoegdheden zouden in de wet nader moeten worden omschreven in relatie tot de aard van de zaak waarop het eigendomsrecht rust. Daarbij moet volgens Schut rekening gehouden worden met de functie of het doel van de eigendom: het maakt een belangrijk verschil "of de zaak voor eigen gebruik dan wel als beleggingsobject wordt verkregen, of ze voor een consumptief doel dan wel voor een handelsdoel is bestemd, of ze slechts een persoonlijk dan wel ook een algemeen belang dient. Verdedigbaar lijkt dat de eigendom een sterkere bescherming verdient naarmate de zaak voor de persoon en zijn bestaan van meer direct belang is." Zo ontstaat een indeling van de eigendom in categorieën van maatschappelijke binding en wordt de eigendom gerelateerd aan maatschappelijke doeleinden.<sup>46</sup>

44 De basis voor deze vermaatschappelijking van het recht ligt in de maatschappijopvattingen tussen 1900 en 1930, aldus Lokin en Jansen, *Tussen droom en daad*, 1995, h. V, p. 97 e.v. en ook p. 197 e.v.

45 G.H.A. Schut, *Naar een meer pluriforme regeling van het eigendomsrecht?*, RM Themis 1981/4, op p. 330. Zie verder o.a. G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen*, 1987, p. 150-157, en tevens in Pitlo/Reehuis, 2001, no. 467. Zie ook Tweede Kamerlid De Gaay Fortman (PPR), *Algemene opmerkingen over de boeken 3, 5 en 6, Handelingen II (d.d. 20 april 1977)*, PG 3, p. 6-7, met verwijzing naar o.a. J. Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het nieuwe B.W., afscheidscollege*, 1967. Kritisch over de praktische aspecten van vermaatschappelijking van de eigendom: A.A. van Velten, *Eigendomsvormen van de toekomst*, op p. 284; en W. Sniijders, *De toekomst van de eigendom*, op p. 265, beide in: *In het nu, wat worden zal (Schoordijkbundel)*, 1991; Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 22. Zie ook verschillende opstellen van W.J. Slagter, gebundeld in: *Slagter over eigendom*, 2003.

46 Kritisch daarover: Sniijders, t.a.p. Naarmate op de eigenaar in sommige omstandigheden de verplichting komt te rusten zijn rechten uit te oefenen in het algemeen belang, komt ook individualisme als kenmerk van het eigendomsbegrip (zie § 3.7.2.6) onder druk te staan.



Ook hier gaat de rechtspraktijk als vanzelfsprekend een eigen gang. De eigendom wordt in de praktijk ingebed in verschillende zuiver vermogensrechtelijke constructies die het karakter van het eigendomsrecht wezenlijk zozeer beïnvloeden, dat wordt gesproken van varianten van eigendom.<sup>47</sup> Het zijn geen door de wetgever gecreëerde typen van eigendom, maar in de rechtspraktijk ontwikkelde modellen die kennelijk recht doen aan de functie die het eigendomsrecht in de een of andere maatschappelijke context vervult. De ontwikkeling van nieuwe varianten hangt dus ten nauwste samen met de Funktionswandel, het fenomeen dat een rechtsfiguur een nieuwe invulling en een nieuwe toepassingsvorm verkrijgt naarmate nieuwe maatschappelijke behoeften ontstaan. Pluriformiteit is hiervan het gevolg.

### 9.2.2.2 Van Velten over gereguleerde eigendom

Een voorbeeld bij uitstek van de tendens tot pluriformisering is het voorstel van Van Velten tot invoering van 'gereguleerde eigendom'. Het voorstel beïnvloedt in verschillende opzichten de toekomst van de *numerus clausus*, ook al zou de wettelijke *numerus* na een dergelijke uitbreiding *clausus* blijven.

#### *Uiteenzetting*

In 1991 heeft Van Velten voorgesteld om over te gaan tot erkenning van een pluriform eigendomsbegrip met betrekking tot onroerende zaken.<sup>48</sup> Het betreft de door hem zo genaamde 'gereguleerde eigendom'. De aanleiding daarvoor is zijn constatering dat het eigendomsrecht op een onroerende zaak in de praktijk in veel gevallen zodanig is uit- en aangekleed, dat gesproken kan worden van 'quasi-eigendom'. Hij doelt op veel voorkomende constructies met kwalitatieve verplichtingen, kettingbedingen, en opstal- en erfpachtrechten, al dan niet gecombineerd met een splitsing in appartementsrechten. Het motief hiervoor is bijvoorbeeld ten

---

47 H.J. Snijders, *Goederenrecht*, 2001, § 3.2.5, gebruikt de titel "varianten van eigendom" voor een overzicht van juridische constructies waarin het eigendomsrecht een rol speelt, zoals relatieve eigendom, periode-eigendom (time-sharing), voorwaardelijke eigendom (onder meer eigendomsvoorbehoud), fiduciaire eigendom en economische eigendom.

48 A.A. van Velten, *Eigendomsvormen van de toekomst*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, op p. 290, waaruit de navolgende citaten, verkort weergegeven in *Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht*, preadvies *Erfpacht*, 1995, § 10, p. 86-87, en uitvoerig in: *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 18.4 en 18.5. Zie over dit voorstel ook de inleiding van Heyman bij het preadvies *Erfpacht*, 1995, p. 12, en in afwijzende zin Huijgen, p. 165 slot.

aanzien van gesubsidieerde koopwoningen speculatie te voorkomen, of ten aanzien van (recreatie)woningen een gezamenlijke beheers- en onderhoudsregeling te creëren, of een ballotage-regeling bij verkoop. Het is niet de bedoeling om aan de kopers de eigendom te onthouden, maar het uniforme eigendomsbegrip dat ten grondslag ligt aan art. 5:1 BW biedt onvoldoende ruimte om dergelijke beperkingen van de eigenaarsbevoegdheden in het eigendomsrecht te incorporeren. Het door Van Velten onwenselijk geachte gevolg van het gebruik van verbintenisrechtelijke constructies ter modificering van het goederenrecht, zoals kettingbedingen in samenhang met boeteclausules, leidt volgens hem tot een vertroebelen van de "osmose tussen zaken- en verbintenissenrecht".

Van Velten pleit daarom voor erkenning van twee typen eigendom met betrekking tot onroerende zaken: enerzijds het traditionele, "complete" en "starre" eigendomsrecht dat is neergelegd in art. 5:1 BW, en anderzijds een "meer kneedbare, meer 'aan- en uitkleedbare' eigendom met alle daaraan verbonden sequelen". De omvang van deze door partijen 'gereguleerde eigendom' blijkt door raadpleging van de akte waarbij deze eigendom is gecreëerd op het moment dat de desbetreffende onroerende zaak werd overgedragen. Uit de aanduiding in de akte kunnen belanghebbende derden bij raadpleging van de openbare registers opmaken met welk type eigendom zij van doen hebben, en in hoeverre zij de begrenzingen van het eigendomsrecht nader hebben te onderzoeken.

De 'gereguleerde' vorm van eigendom biedt volgens Van Velten een theoretisch goed onderbouwde plaats aan de kwalitatieve verbintenis in de zin van art. 6:252 BW. Het traditionele 'complete' eigendomsrecht kan in het model van Van Velten niet met verbintenissen worden beperkt; alleen beperkingen in de vorm van een van de wettelijke beperkte rechten is mogelijk. In zijn voorstel zou de kwalitatieve verplichting alleen nog aan de gereguleerde eigendom kunnen worden verbonden. Steeds wanneer het eigendomsrecht nader vorm wordt gegeven door middel van persoonlijke verplichtingen met derdenwerking - zowel kwalitatieve verbintenissen als kettingbedingen -, is het de 'gereguleerde' vorm. Dergelijke verbintenisrechtelijke 'sequelen' gaan in het voorstel van Van Velten deel uitmaken van de inhoud van het door partijen 'gereguleerde' eigendomsrecht.<sup>49</sup> Bijgevolg dienen de beperkingen en insnoering

---

49 Vermoedelijk op deze grond acht Van Velten, p. 272, § 7, tweede alinea, en 2006, § 18.5, handhaving van lid 5 van art. 6:252 BW overbodig. Hierin is bepaald dat kwalitatieve verplichtingen geen beperking of uitsluiting van de overdraagbaarheid kunnen omvatten. De hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW zou immers gelden wanneer de kwalitatieve verplichting opgaat in de eigendom, ook voor gereguleerde eigendom. Waarschijnlijk zal van belang blijven hetgeen over vervreemding

en bij verhaalsexecutie te worden gerespecteerd door een faillissementscurator of hypotheekhouders.<sup>50</sup> Daarmee worden de risico's die nu nog zijn verbonden aan een kettingbeding of een koopoptie ook weggenomen.

Met invoering van de gereglementeerde eigendom zou volgens Van Velten ook het 'monstrum' van de eeuwigdurende stedelijke erfpacht met volledige afkoop van de canon kunnen verdwijnen.<sup>51</sup> Verder zou in de praktijk veel minder behoefte bestaan aan het gebruik van kettingbedingen, die nu vooral worden gebruikt in gevallen waarin de gereglementeerde eigendom uitkomst zou bieden. Ten slotte zou de wet met de gereglementeerde eigendom onderdak bieden aan de in de praktijk zo nuttig

beperkende bedingen is opgemerkt in MvA II Inv bij art 6 252 (d d 13 september 1985), PG Inv 6, p 1822-23 buiten het bereik van het vijfde lid vallen bedingen die een vervreemding of bezwaring slechts bemoeilijken zonder haar te beperken. Men denke aan bedingen die verbieden de bestemming van het registergoed te wijzigen of om het te bezigen of te doen bezigen voor andere doeleinden dan in het beding omschreven, zoals eigen (woon-)gebruik of gebruik door anderen, mits zij naar de maatstaven van de gemeente voor zodanige woonruimte in aanmerking komen. Een grensgeval vormen bedingen waarbij wordt bepaald dat verkoop niet boven een bepaalde prijs zal mogen geschieden, waarvan het bedrag hetzij in het beding zelf wordt bepaald, hetzij door bijv B en W van de betreffende gemeente krachtens het beding aan de hand van bepaalde maatstaven wordt vastgesteld. In beginsel zullen dergelijke bedingen onder de uitsluiting vallen. Het geval dat zij wegens de hoogte van de vastgestelde prijs geen werkelijke beperking vormen, is praktisch van weinig belang. Hoewel niet uitgesloten is dat de rechter ze evenmin als een werkelijke vervreemdingsbeperking beschouwt, zo zij uitsluitend beogen bij gesubsidieerde bouw tegen te gaan dat een excessieve prijsontwikkeling het doel van de subsidie frustreert, zal in de regel wegens de moeilijkheid van het verband tussen de vastgestelde prijs en de subsidie toch van uitsluiten van het beding door het vijfde lid moeten worden uitgegaan.

50 Naar geldend recht is onzeker in hoeverre kwalitatieve verbintenissen bij executie overeind blijven. De wettelijke regeling van zuivering na hypothecaire executie in art 3 273 BW maakt niet duidelijk wat de status is van een kwalitatieve verbintenis. Zie N C van Oostrom-Streep, De kwalitatieve verplichting na executoriale verkoop, WPNR 6666 (2006). Blijkens VV II bij art 6 252, PG 6, p 939-940, is er door de Kamercommissie destijds op aangedrongen de kwalitatieve verbintenis te behandelen als elke andere verbintenis, zodat de kwalitatieve verbintenis bij executoriale verkoop teniet gaat. Uit MvA II Inv bij de sterk gewijzigde versie van art 6 252 (d d 13 september 1985), PG Inv 3, p 1822, blijkt echter duidelijk dat de kwalitatieve verbintenis op een lijn gesteld moet worden met een beperkt recht, zodat een hypotheekhouder in geval van executie anterieure kwalitatieve verplichtingen moet respecteren.

51 Zie ook § 8 2 1 3. Dergelijke vormen van erfpacht worden verklaard door de bedingen bij de vestiging van erfpacht die in MvA II Inv bij art 5 91 (d d 13 september 1985), PG Inv 5, p 1073-1075, door de wetgever acceptabel zijn geacht: de verplichting van de erfpachter om gedurende een aantal jaren in de opstal te blijven wonen met zijn gezin, de verplichting om bij vervreemding of verhuur binnen diezelfde termijn de kandidaat van de erfverpachter te accepteren tegen een door de erfverpachter vastgestelde prijs, en de verplichting om de bestemming als huurwoning te handhaven.

geachte 'home owners association', een kwalitatief en dus bindend lidmaatschap van een vereniging met betrekking tot bijvoorbeeld een gezamenlijke parkeerplaats, vergelijkbaar met enerzijds een vereniging van eigenaren van appartementsrechten en anderzijds een winkeliersvereniging.<sup>52</sup>

Van Velten besteedt hierbij geen aandacht aan eventuele beperkingen die zouden gelden ten aanzien van hetgeen 'geregeld' kan worden in de openbare registers met betrekking tot de geknede eigendom; van het voldoende verbandvereiste en het subtractieprincipe, zoals beschreven in hoofdstuk 6, is geen sprake. Hij lijkt volledige vrijheid te willen bieden. Daarbij maakt hij zich geen zorgen over excessen:

"Voor angsten voor de invoering van de feodale ('heerlijke') rechten, die bij de invoering van de Franse Code civil ook bij ons geleid hebben tot de afschaffing van die rechten - aanvankelijk inclusief erfpacht - en tot verabsolutering van het eigendomsbegrip lijkt thans geen plaats meer."<sup>53</sup>

#### *Maatschappelijk gebonden eigendom*

De door Van Velten bepleite eigendomsvorm komt neer op de wettelijke erkenning van wat grotendeels reeds feitelijk in een andere vorm voorkomt. In de praktijk wordt veelvuldig een rond 1980 in Rotterdam ontwikkelde constructie gehanteerd, die bekend staat onder de naam 'maatschappelijk gebonden eigendom', kortweg aangeduid als MGE.<sup>54</sup> Deze benaming is veelzeggend, aangezien het juridisch niet gaat om eigendom, maar om constructies die gebaseerd zijn op een recht van erfpacht of opstal. In de vestigingsvoorwaarden zijn dan de genoemde bedingen in vele varianten opgenomen. De kern ervan wordt gevormd door een anti-speculatiebeding, dat meestal bestaat uit een samenstel van een toestemmingsbeding voor vervreemding, een verplichting van de gerechtigde om zijn recht te koop aan te bieden en eventueel te leveren aan de overkoepelende corporatie, tegen een in de MGE voorwaarden vastgestelde prijs waardoor het prijsmechanisme op de vrije markt wordt uitgeschakeld. In wezen is in veel gevallen wel degelijk beoogd aan de deelnemer de eigendom te verschaffen, maar het wettelijke eigendomsbegrip biedt niet de ruimte voor de gewenste beperking van de gebruiks- en vervreemdingsmogelijkheden.<sup>55</sup>

52 Zie nader Van Velten, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 18.6.

53 Van Velten, t.a.p., slot.

54 De constructie is uitvoerig beschreven door S.J.M. Venema, WPNR 5684 en 5685 (1984).

55 Venema, p. 104: "Het uitgangspunt van het M.G.E. experiment is dat de maatschappelijk gebonden eigenaar een appartementsrecht verkrijgt (en daarmee in een ster-

Zeer kritisch over het fenomeen van MGE is G J Leijenhorst in een noot uit 1999 onder een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad <sup>56</sup> Zijn kritiek is te fraai verwoord om niet integraal te citeren

Wie het nieuws over de onroerendgoedsector bijhoudt, weet dat de woningcorporaties druk in de weer zijn met de verkoop van huurwoningen onder MGE voor waarden aan hun huurders De fraaie en sociaal klinkende benaming ten spijt is de MGE niet in het belang van de huurders/kopers, doch in dat van de verhuurders/verkopers Het belangrijkste oogmerk dat de woningcorporaties met de MGE hebben is dat toekomstige waardestijgingen van de verkochte onroerende zaken voor een groot deel aan hen en niet aan de nieuwe eigenaren toekomen Eens werd fier in de Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) verkondigd La propriété est un droit inviolable et sacré Met die verklaring werd een periode afgesloten waarin de eigendom bezwaard was geweest met allerlei feodale verplichtingen Een echo klinkt nog door in art 625 Oud BW De tijd staat evenwel niet stil In de MGE is in ieder geval niets meer van de fiere vrijheidsleus terug te vinden

De voormalige huurders/nieuwe eigenaren worden opgezadeld met MGE-verplichtingen waarvan de feodale heren van weleer, zouden zij die aan hun horigen hebben kunnen opleggen, zouden hebben gelekkerbekd Geen twintigste of tiende penning, maar een tweede penning op maar liefst de helft van de waardestijging van de verkochte onroerende zaken hebben de woningcorporaties een begerig oog laten vallen Dat de corporaties ook in de waardedalingen van de verkochte onroerende zaken delen lijkt mij, gelet op de langetermijntontwikkelingen van de onroerendgoedprijzen, een aspect dat slechts bij uitzondering een in geld uitgedrukt gevolg heeft Die uitzondering laat de hoofdlijn van de MGE onverlet

Leijenhorst keert zich vooral tegen het recht dat de MGE-constructie aan de verkoper biedt, om in belangrijke mate te blijven delen in waardestijgingen <sup>57</sup> Zijn verwijzingen naar de Franse wortels van de vrijheid van de

---

kere zakenrechtelijke positie komt dan bijvoorbeeld een huurder) zonder dat speculatie door verkoop op de vrije markt tot de mogelijkheden behoort

56 HR 25 november 1998, BNB 1999, 18 m nt G J Leijenhorst In deze fiscale procedure over de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) ging het om de vraag of een in de erfpachtvoorwaarden opgenomen anti-speculatiebeding, met of zonder kettingbeding, drukkende invloed heeft op de waarde van het overgedragen recht van erfpacht De Hoge Raad besliste dat voor de beantwoording van de vraag of waardedrukkende invloed toekomt aan een zakelijke dan wel daarmee gelijk te stellen verplichting, beslissend is of door die verplichting de omvang van het genot van de zaak en daardoor de waarde ervan, ongeacht de persoon van de zakelijk gerechtigde of gebruiker, wordt beperkt Bij een beding als het onderhavige anti-speculatiebeding, ongeacht of het is versterkt met een kettingbeding, is van zodanige waardedrukkende invloed volgens de belastingkamer van de Hoge Raad geen sprake

57 Zie ook Venema, a w (1984), p 90 Al heeft de eigenaar zich een ongeluk verspijd en vertimmerd aan zijn woning, zakt de onroerend goed markt in, dan is de kleine man financieel alsnog de klos Het is wellicht geen toeval dat alle brochures over MGE van de corporaties en de gemeente met geen woord reppen over het

eigendom illustreren de ethische dimensie van de *numerus clausus*. Het eigendomsbegrip dat daarvan deel uitmaakt, is de weerslag van een rechtspolitieke keuze van de wetgever.

### *Evaluatie*

Het voorstel van Van Velten komt neer op een uitbreiding van de *numerus clausus*: er wordt een nieuw type goederenrechtelijk recht toegevoegd aan de wettelijke catalogus, namelijk een vorm van eigendom die gereguleerde eigendom heet. Voor het overige blijft de wettelijke typologie dwingend. Ziet men de *numerus clausus* echter in het bredere perspectief van het Savigniaanse systeem, dan is onmiskenbaar sprake van een fundamentele verandering van het eigendomsbegrip. Hier staat weer tegenover dat het voorstel van Van Velten een begripsvervagende figuur als de kwalitatieve verbintenis wegneemt of overbodig maakt.

Afgezien van deze conceptuele kanttekeningen is ten faveure van het voorstel van Van Velten te zeggen dat het duidelijk voorziet in maatschappelijke behoeften. Niet evident is echter dat deze behoeften allemaal even valide zijn. Een *home owners association* is ongetwijfeld nuttig, maar het gebruik van goederenrechtelijke figuren om gemeentelijk beleid te verwezenlijken is discutabeler, zeker wanneer het gaat om deling van waardestijging, zoals krachtig is verwoord ten aanzien van de maatschappelijk gebonden eigendom.

Hiermee rijst de vraag of de invulling van een nieuwe gereguleerde vorm van eigendom inderdaad aan geen enkele beperking onderhevig hoeft te zijn, behoudens de openbare orde en de goede zeden. Van Velten noemt geen beperkingen, behalve de hoofdregels inzake overdraagbaarheid. Juist deze verwijzing naar het fundamentele uitgangspunt van de wet, dat goederen in het maatschappelijk verkeer verhandelbaar moeten zijn, is aanleiding om ook andere fundamentele uitgangspunten van het vermogensrecht toepasselijk te achten. Men kan dan denken aan publiciteitsvereisten, maar ook aan evenredigheid en proportionaliteit.<sup>58</sup>

Wat eventuele beperkingen betreft zal toepasselijkheid van het voldoende verbandvereiste niet op veel weerstand stuiten. Het subtractieprincipe, dat in de weg staat aan het opleggen van verplichtingen tot een doen, is vermoedelijk echter onverenigbaar met een deel van de maatschappelijke behoeften waaraan Van Velten wenst tegemoet te komen. Moet het mogelijk zijn dat de gereguleerde eigenaars, wellicht na

---

feit dat het marktmechanisme slechts eenzijdig in het voordeel van de gemeente is uitgesloten."

58 Hiermee wordt geanticipeerd op nadere opmerkingen aan het slot van dit hoofdstuk in § 9.5.1 over de beginselen van het goederenrecht

stemming in de voor hen onvermijdelijke *home owners association*, worden verplicht om op Koninginnedag te vlaggen, op straffe van een boete of wellicht een plicht *in faciendo*, zoals onderhoud van de gemeenschappelijke tuin<sup>59</sup> Het zijn rechtspolitieke keuzen voor de inrichting van de maatschappij, die niet te vermijden zijn bij invoering van een gereguleerde eigendom en die wellicht ook moeten worden vertaald in instrumenten en toetsingscriteria voor beoordeling door een rechter in concrete gevallen<sup>60</sup>

*Last but not least* nog een kanttekening die is geïnspireerd door vooral de rechtseconomische analyse van de ratio van de *numerus clausus* in hoofdstuk 5. Erkenning van de rechtsgeldigheid van een vorm van gereguleerde eigendom, waarbij aan de eigenaar allerlei additionele plichten ter vergroting van de zogenaamde 'welstand' zouden kunnen worden opgelegd, leidt tot een nieuwe vorm van eigendom waarop alle deelnemers aan het rechtsverkeer bedacht zouden moeten zijn. Dit leidt in rechtseconomische termen tot een aanzienlijke uitbreiding van de informatiekosten voor derden, die bij gebreke aan een adequate publiciteitstechniek een rechtseconomisch onverantwoorde externaliteit op zou leveren. Het stelsel van de openbare registers reduceert deze kosten, maar indien invoering van dit bijzondere type eigendom zou worden overwogen, dient het publiciteitsstelsel te worden geoptimaliseerd. Denkbaar zou zijn de registers zo in te richten dat al bij de meest vluchtige raadpleging duidelijk is of sprake is van een normaal en onbeperkt type eigendom, dan wel van een nieuw type 'gereguleerde' eigendom. Overigens blijft ook dan het bezwaar bestaan dat pas bij raadpleging van de registers kennis genomen wordt van het type eigendom dat wordt verkocht. Het handelsverkeer in de obligatoire fase wordt derhalve toch extra belast met nieuwe informatiekosten.

Daarom verdient het overweging het woord 'eigendom' voor een vorm van 'gereguleerde eigendom' te vermijden en met een nieuw etiket

59 Een nog ontbrekend deel van de analyse van het voorstel van Van Velten betreft de actieve zijde van de verplichtingen die aan de rechthebbende van de gereguleerde eigendom worden opgelegd. Gaat het hier om gewone vorderingsrechten die vatbaar zijn voor cessie, verpanding en beslag, of zijn het rechten die naar hun aard onoverdraagbaar zijn, bijvoorbeeld in alle gevallen dat de gemeente schuldeiser is? Of dienen de aanspraken altijd kwalitatief aan een ander goederenrechtelijk recht gemaakt te worden, zodat de gereguleerde eigendom verwantschap gaat krijgen met het recht van erfdiensbaarheid?

60 In de volgende paragraaf wordt aandacht besteed aan enige checks and balances. Bij wijze van voorschot wordt hier alvast de vraag opgeworpen of aan de rechter de bevoegdheid zou moeten worden toegekend om in te grijpen en over te gaan tot opheffing of wijziging van een deel van de reglementering van de nieuwe vorm van eigendom, bijvoorbeeld krachtens art. 6:259 BW.

ter onderscheiding van het klassieke ongereguleerde eigendomsrecht de helderheid in het handelsverkeer te waarborgen.<sup>61</sup> Naast een rechtseconomische dimensie zit hieraan ook een ethische of rechtsstatelijke dimensie: voorkomen moet worden dat de deelnemers aan het rechtsverkeer misleid worden door het gebruik van de term eigendom, dat immers als onbeperkt en absoluut recht sinds de Franse revolutie diep in het maatschappelijk bewustzijn is geworteld.<sup>62</sup> Begripsmatige verwarring gaat ten koste van de rechtszekerheid.

### 9.3 Checks en balances

#### 9.3.1 De zeef

Of de *numerus clausus* nog toekomst heeft, hangt mede af van de instrumenten die het vermogensrecht aan de rechter te bieden heeft om goederenrechtelijke rechten te kanaliseren, zowel bij de vestiging ervan als bij de uitoefening en de beëindiging ervan. Naarmate het recht meer checks and balances kent, wordt het belang van een *numerus clausus* wellicht minder groot.

Met de invoering van het BW in 1992 is een aantal bakens in het vermogensrecht verzet. Hierdoor is de *numerus clausus* meer in de luwte komen te liggen. Gedoeld wordt op een algemene tendens in het vermogensrecht die zich ook in het goederenrecht heeft gemanifesteerd: een verschuiving van de focus van de fase van de vestiging en het ontstaan van

61 De 'etikettenkwesie' is een aspect van standaardisatie, dat eerder ter sprake is gekomen aan het slot van § 5.2.1.2 en § 5.4.2. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen, AAe 22 (1973), p. 435. "Op grond van zijn historische ontwikkeling wordt bij de fiduciaire eigendom nog steeds van *eigendom* gesproken. De fiduciaire eigenaar heeft echter niet de exclusieve of potentiële exclusieve bevoegdheden ten aanzien van de zaak, die de 'echte' eigenaar wel heeft. Nu zich hier geen eigendom in materiele zin voordoet moet men ook formeel deze term niet bezigen." Materieel is de fiduciaire eigendom dat wat zij niet is, namelijk géén eigendom, maar slechts een zekerheidsrecht. Terecht laat mijns inziens het nieuwe BW de term 'fiduciaire eigendom' vallen."

62 Om wezenlijk dezelfde redenen bestaan bezwaren tegen het gebruik van de term 'koop huur', een maatschappelijk fenomeen, waarbij huurders de mogelijkheid wordt geboden om de 'aard- en nagelvaste' aankleding van hun huurpand, kort gezegd alles wat niet de dragende muren zijn, te 'kopen'. Zie m.n. B.W.M. Nieskens-Isphording, Koop huur een juridische variant van de nieuwe kleren van de keizer, NJB 1996/44, p. 1845-1851, met een reactie van S.C.J.J. Kortmann, Juridische strip-tease volgens Nieskens-Isphording, NJB 1997/1, p. 7-9, met naschrift, en een reactie van G.E. van Maanen, Koop huur loopt de keizer echt zo bloot?, NJB 1997/7, p. 292-293, met naschrift, B.W.M. Nieskens-Isphording, Koop huur ontbeert een deugdelijk fundament, WPNR 6258 (1997), p. 131-133.



subjectieve rechten *naar* de fase van de uitoefening en de beëindiging ervan. Deze rechtsontwikkeling, die ten dele te maken heeft met de tendens tot relativering van rechten, heeft een weerslag gehad in een aantal nieuwe wettelijke bepalingen van goederenrecht, die nog niet ter sprake zijn geweest.

Het gaat enerzijds om bepalingen, zoals art. 5:78, 80 en 97 BW, die in het algemeen aangeduid kunnen worden als 'imprévision-bepalingen' en die door Cahen in het kader van kwalitatieve verplichtingen en kettingsbepalingen 'schoonmaakbepalingen' zijn genoemd.<sup>63</sup> Dergelijke bepalingen bieden de rechter de mogelijkheid om een goederenrechtelijk recht op te heffen of te wijzigen wegens onvoorziene omstandigheden of tijdsverloop in verband met het algemeen belang. Anderzijds zijn er de bepalingen die de goederenrechtelijke rechten brengen onder reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid, in sommige gevallen rechtstreeks door middel van een schakelbepaling, in andere gevallen via het leerstuk misbruik van bevoegdheid.

Deze tendens is in het kader van het goederenrecht het meest uitdrukkelijk onder woorden gebracht door oud-regeringscommissaris Snijders tijdens de vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" op 27 april 1990:

"In het huidige recht vormt het zakenrecht een duidelijk gesloten stelsel. In het nieuwe recht heeft een niet onaanzienlijke verruiming van de mogelijkheden plaatsgevonden. Beperkingen die thans bestaan voor het vestigen van erfdienstbaarheden, opstal, mandeligheid vervallen. Een hele nieuwe categorie van kwalitatieve rechten met zaaksgevolg is toegevoegd. Men kan spreken van een stelsel dat zich ergens tussen gesloten en open in bevindt. Het is duidelijk dat daardoor de bezwaren van dergelijke rechten - kort gezegd een maatschappelijk onwenselijke langdurige verstarring van de gebruiksmogelijkheden van de grond en meer in het algemeen van de eigendom - toenemen. Tegenover deze verruiming staat dan ook een toegenomen bevoegdheid van de rechter om ook zakelijke lasten aan te passen of te wijzigen op gronden als onvoorziene omstandigheden, strijd met het algemeen belang en redelijkheid en billijkheid. Het komt erop neer dat de zeef die aanvankelijk bij de totstandkoming van dergelijke lasten was aangebracht, is verplaatst naar een latere fase waar beter kan worden overzien wat nu precies maatschappelijk onwenselijk is."<sup>64</sup>

---

63 J. L. P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Mon. Nieuw BW B-57, 2<sup>e</sup> druk 2004, § 14.5  
64 W. Snijders, *Verslag van de vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" d.d. 27 april 1990, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, 1991, p. 65

Snijders maakt hier duidelijk niet alleen dat de *numerus clausus* een zeef-functie vervult, maar ook dat deze functie ten dele is overgenomen door andere leerstukken<sup>65</sup>

In het navolgende wordt kort aandacht besteed aan deze andere leerstukken. Eerst komen de goederenrechtelijke *imprévision*-bepalingen aan bod in § 932. Het leerstuk *imprévision* wordt ruim opgevat, zodat het niet alleen de wijziging en opheffing van goederenrechtelijke rechten op grond van onvoorziene omstandigheden omvat, maar tevens wijzigingen op grond van het algemeen belang.<sup>66</sup> Vervolgens wordt in § 933 aandacht besteed aan de rol van redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht, mede in verband met het leerstuk misbruik van bevoegdheid, en aan de tendens tot relativering van de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Daarbij zal blijken dat evenredigheid steeds terugkomt als een onderliggend beginsel. Het derde leerstuk, dat in § 934 wordt belicht, is het stelsel van register- en derdenbescherming, omdat de vertrouwensbescherming soms ook wordt gepresenteerd als correctiemechanisme voor goederenrechtelijke partijarrangementen.

### 932 Goederenrechtelijke *imprévision*

Het leerstuk *imprévision* vormt één van de sluitstukken van het overeenkomstenrecht. Ingevolge art. 6:258 BW kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Art. 6:258 BW is verwant aan art. 6:248 BW. Beide artikelen zijn via de schakelbepaling in art. 6:216 BW van overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen.

De hercodificatie van het vermogensrecht is door de wetgever aangegrepen om de mogelijkheid tot wijziging op grond van onvoorziene om-

---

<sup>65</sup> De zeef-functie is in het hoofdstuk 5 over de *ratio* van de *numerus clausus* niet als zodanig benoemd, maar wel uitvoerig beschreven, m.n. als derde door Foex genoemde functie: de bescherming van de vrijheid van de eigendom. Vgl. nog W. Snijders, *De toekomst van de eigendom* (Schoordijkbundel), 1991, op p. 255. *imprévision*-bepalingen zijn het wellicht belangrijkste instrument waarmee het ondersneeuwen van eigendom met lasten kan worden tegengegaan.

<sup>66</sup> In strikte zin omvat het goederenrechtelijke leerstuk *imprévision* alleen art. 5:78 sub a, 5:80, 5:97 en 6:258 BW, in ruimere zin ook art. 5:78 sub b, 5:79 en 6:259 BW.

standigheden te introduceren in het goederenrecht.<sup>67</sup> De keuze om geen algemene bepalingen van goederenrecht op te nemen, leidde tot specifieke *imprévision*-bepalingen voor een aantal zakelijke rechten. Het leerstuk is te vinden in de regeling van erfdiensbaaerheid in de art. 5:78 sub a BW en art. 5:80 BW, en in de regeling van erfpacht in art. 5:97 BW, dat op grond van de schakelbepaling in art. 5:104 lid 2 BW eveneens van toepassing is op een zelfstandig recht van opstal.

Deze goederenrechtelijke *imprévision*-bepalingen wijken gedeeltelijk af van de regeling in het overeenkomstenrecht; de wetgever heeft uitdrukkelijk rekening gehouden met de grotere stabiliteit die in zakenrechtelijke verhoudingen door partijen en door derden mag worden verwacht.<sup>68</sup> Daarom zijn allerlei restricties aangebracht die tot nog grotere terughoudendheid bij toepassing ervan nopen dan al in het verbintenissenrecht te zien is. Vergelijkbaar is wel het achterliggende criterium: alle betrokken belangen worden tegen elkaar afgewogen en in onderlinge evenredigheid getoetst.

In de regeling van erfdiensbaaerheid is voorzien in drie mogelijkheden tot wijziging of opheffing ervan, de artikelen 5:78 en 79 BW op vordering van de eigenaar van het dienende erf, en art. 5:80 BW op vordering van de eigenaar van het heersende erf.<sup>69</sup> De artikelen zijn dwingend van aard.<sup>70</sup>

67 Buiten beschouwing blijft hier de *imprévision*-bepaling in art. 3:168 lid 3 BW voor de gemeenschap, die wijziging van een beheersregeling betreft, maar die via schakelbepalingen ook van invloed is op de uitsluiting van de mogelijkheid verdeling te vorderen en van de bevoegdheid tot beschikken over een aandeel in een bijzondere gemeenschap.

68 MvA II bij art. 5:97 (d.d. 16 oktober 1972), PG 5, p. 322; regeringscommissaris Snijders in VC II bij art. 5:97 (d.d. 4 maart 1977), PG 5, p. 325; MO bij art 6:259 (d.d. 11 februari 1977), PG 6, p. 985; en MvA Inv. I bij art. 5:78 (d.d. 28 oktober 1988), PG Inv. 5, p. 1050, onder c. Vgl. MvA II bij art. 5:80, PG 5, p. 285, waar het risico van 'te grote onrust in de rechtsverhoudingen' wordt vermeld.

69 Ook in art. 5:73 lid 2 BW is een mogelijkheid tot wijziging neergelegd: het gaat om de bevoegdheid tot 'verplaatsing' van de erfdiensbaaerheid voor de eigenaar van het dienende erf, mits daardoor het 'genot' voor eigenaar van het heersende erf niet verminderd wordt. Hoewel verplaatsing een vorm van wijziging is, is het niet een geval van *imprévision*, aangezien het gaat om een wijziging door de partijen zelf *binnen* het kader van het bestaande recht.

70 A.C. Wibbens-de Jong, Mandeligheid en erfdiensbaaerheden, Mon. Nieuw BW, deel B-27, 3<sup>e</sup> druk 2006, § 24; Asser-Mijnssen-Van Velten-Van Dam 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 198. De *imprévision*-regels zijn krachtens art. 165 Overgangswet echter niet van toepassing op ten tijde van de inwerkingtreding van het BW reeds bestaande erfdiensbaaerheden, in die zin dat destijds reeds bestaande erfdiensbaaerheden niet kunnen worden opgeheven en dat bij wijziging geen rekening mag worden gehouden met omstandigheden die zich vóór 1 januari 1992 hebben voorgedaan (behoudens een beroep op het algemeen belang, blijkens HR 15 december 1995, NJ 1996,

Ingevolge art 5:78 BW zijn er twee gronden voor wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid. Alleen de eerste grond betreft bij de vestiging onvoorziene omstandigheden: als die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de erfdienstbaarheid niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd, is er grond voor wijziging of opheffing.<sup>71</sup> De wetgever heeft deze formulering afgestemd op de verbintenisrechtelijke *imprévision*-regel in art. 6:258 BW. De verwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is derhalve dezelfde; de invulling echter deels een andere: "bij het afweten van de redelijkheid en billijkheid zal de rechter zeker mede rekening houden met het belang van stabiliteit van rechtsverhoudingen die uit zakelijke rechten voortvloeien."<sup>72</sup> In wezen gaat het om een evenredigheidstoets van de betrokken belangen, waarvan rechtszekerheid er één is.

De evenredigheidstoets is ook terug te vinden in de tweede grondslag van art. 5:78 BW voor wijziging of opheffing; het belang van de gerechtigde wordt daar afgezet tegen het 'algemeen belang'.<sup>73</sup> Wanneer ongewijzigde instandhouding van de erfdienstbaarheid in strijd met het algemeen belang wordt geacht, kan worden geoordeeld dat het belang van de gerechtigde moet wijken, mits twintig jaar zijn verlopen sinds vestiging van de erfdienstbaarheid.<sup>74</sup> Met deze bepaling is beoogd te voorkomen dat al

---

691 m nt. WMK (Damen/Dentjens Aandrijftechniek)), toepasselijkheid van de *imprévision*-regels op destijds reeds bestaande rechtsverhoudingen is door de wetgever niet redelijk geacht, omdat de partijen bij de vestiging van een erfdienstbaarheid voordien daarmee geen rekening hebben gehouden. Ook hieruit blijkt het verlangen van de wetgever om de stabiliteit in goederenrechtelijke verhoudingen te waarborgen

71 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, AS9539.

72 MvA II bij art. 5:78, PG 5, p. 277.

73 Zie over de notie 'algemeen belang' zoals gehanteerd door de burgerlijke rechter uitvoerig de Nota II bij ontwerp-art. 5:12, PG 5, 57-60. Het begrip wordt in de rechtspraak ruim uitgelegd, vgl. HR 15 december 1995, NJ 1996, 691 m.nt. WMK (Damen/Dentjens Aandrijftechniek), en in het kader van art. 6:259 BW ook HR 24 december 2004 (Chidda), AR3642, BR 2006, 268 m nt J de Jong, JOR 2005/111 m.nt J de Bie Leuveling Tjeenk, in JBN juni 2005, nr. 31, besproken door W.G. Huygen, r.o. 3.5.3, waar is geoordeeld dat het kan gaan om uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard, waaronder niet slechts planologische belangen maar ook financieel-economische belangen.

74 Dit gedeelte van art. 5:78 BW is afgestemd op art. 6:259 sub a BW, alleen de termijn verschilt. Aanvankelijk was ook in art. 6:259 BW een termijn van 20 jaar opgenomen. Kritiek op de lengte van al deze termijnen is gekomen van S.N. van Opstall, Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4919-4926 (1966), laatste aflevering op p. 471, l k. "Wij leven tegenwoordig veel te snel voor dergelijke lange termijnen. Het is nu niet meer ondenkbaar dat een stuk grond van enige vierkante kilometers, dat thans nog geacht wordt typisch agrarisch gebied te zijn omdat het betrekkelijk ver van grote bevolkingsagglomeraties afligt, over vijf jaar wordt ingenomen door een satellietstad van over de honderdduizend inwoners." Eerder had

lerlei ontwikkelingen op planologisch, technisch, agrarisch en ander gebied ten gevolge van verstedelijking onnodig worden tegengehouden door reeds lang bestaande erfdienstbaarheden die hun functie vooral hadden in het kader van agrarische exploitatie van grond.<sup>75</sup> Op deze grond kan bijvoorbeeld de plicht om overpad met kar en paard te dulden worden verruimd tot overpad per auto.<sup>76</sup> Zowel de voorwaarde van onvoorzien omstandigheden als de verwijzingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontbreken; de wetgever heeft het algemeen belang bewust bovengeschild gemaakt zowel aan door sluwe partijen in de akte van vestiging voorziene ontwikkelingen, als aan het redelijk belang dat de eigenaar van het heersende erf vanuit zijn standpunt bezien nog steeds zou kunnen hebben bij uitoefening van zijn recht van erfdienstbaarheid. Desondanks ligt de evenredigheidsstoets ook in dit gedeelte van art. 5:78 BW besloten: het woord 'ongewijzigd' in ongewijzigd voortbestaan is op te vatten als een fingerwijzing naar het streven dat de rechten van de betrokkenen zo dienen te worden herschikt dat het redelijke belang van de eigenaar van het heersende erf zo min mogelijk wordt geschaad.

Een verdere grond voor opheffing van de erfdienstbaarheid op vordering van de eigenaar van het dienende erf is neergelegd in art 5:79 BW: ofwel uitoefening van de erfdienstbaarheid is onmogelijk geworden<sup>77</sup>, ofwel de eigenaar van het heersende erf heeft geen redelijk belang meer bij uitoefening en het is niet aannemelijk dat de mogelijkheid van uitoefening of het redelijk belang daarbij zal terugkeren.<sup>78</sup> Met dit artikel is beoogd

---

J M M Maeyer, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, preadvies BCN, 1966, p. 59-60, voorgesteld de termijn in het - later sterk gewijzigde - art 5:78 geheel te schrappen "Het argument van de in het zakenrecht gewenste stabiliteit der rechtsverhoudingen kan mij juist bij erfdienstbaarheden niet overtuigen ( ) Wij hebben oog gekregen voor de verbintenisrechtelijke zijde bij erfdienstbaarheden. Er is geen reden meer om het stabiele karakter inherent te achten aan het servituut omdat dit als jus in re aliena zou moeten worden gezien. Ik blijf de erfdienstbaarheid zien als een zakelijk recht. Voor mij brengt dit directe gevolgen mee met betrekking tot inhoud en kenbaarheid van een servituut, maar niet ten aanzien van de stabiliteit van de hieruit voortvloeiende rechtsverhouding."

75 MvA II bij art 5:78, ad 3, PG 5, p. 278. Vgl. W. Sniijders in VC II bij art. 5:97, PG 5, p. 326, over wijziging ingeval van heel strikte erfpachtsvoorwaarden, bijvoorbeeld een bestemmingsbepaling die alleen ruimte biedt voor een naaimachinefabriek en daarmee in de weg zou staan aan overschakeling op een ander product.

76 MvA II bij art 5:80, PG 5, 285. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 29 juni 1994, NJ 1995, 543, r.o. 46.

77 Zie bijv. de casus van HR 28 januari 2005, NJ 2005, 297.

78 MvA II bij art. 5:79, PG 5, p. 284. Het gaat "iets te ver voor opheffing van de erfdienstbaarheid de eis te stellen dat het nut dat de erfdienstbaarheid aan de eigenaar van het heersende erf bedoelt te verschaffen, in de toekomst niet meer zou kunnen bestaan, voldoende moet geacht worden de eis dat het niet aannemelijk is dat het

aansluiting te zoeken bij art 6:259 BW.<sup>79</sup> Het vereiste van het ontbreken van een 'redelijk belang' is derhalve hetzelfde, al zal de invulling ervan in de zakenrechtelijke context waarschijnlijk evenzeer verschillen als de invulling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in art 5:78 BW. Significant is dat in de parlementaire geschiedenis wordt vermeld dat uitoefening van de erfdienstbaarheid zonder dat de gerechtigde daarbij een redelijk belang heeft, in de meeste gevallen ook zal kunnen worden tegengegaan met het leerstuk misbruik van recht.<sup>80</sup> Hierbij is kennelijk verondersteld dat de maatstaf van art 5:78 BW dezelfde is als die van art 3:13 BW. Het verschil zit in het rechtsgevolg: toepassing van art 5:79 BW heeft het 'definitieve verdwijnen van de waardedrukkende factor ten aanzien van het dienende erf' tot gevolg en derhalve de mogelijkheid van schrapping van de erfdienstbaarheid uit de openbare registers.<sup>81</sup>

Ten slotte wordt in art 5:80 BW tegemoet gekomen aan de legitieme wensen die de eigenaar van het heersende erf mocht hebben. Het veelkoppige schepsel van enerzijds de onvoorziene omstandigheden als anderzijds de maatstaven van redelijkheid en billijkheid verschijnt daarin weer. Deze eisen lopen parallel aan de eisen die in de tegenhanger van art 5:80 BW, namelijk art 5:78 sub a BW, zijn gesteld voor wijziging op verzoek van de eigenaar van het dienende erf.<sup>82</sup> Niet alleen moet de uitoefening van de erfdienstbaarheid blijvend of tijdelijk onmogelijk zijn of het belang van de rechthebbende aanzienlijk zijn verminderd, ook moet de wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar van het dienende erf kunnen worden gevergd. De rechter wordt derhalve gevraagd de evenredigheid tussen het belang van de eigenaar van het heersende erf bij wijziging van de erfdienstbaarheid enerzijds, en anderzijds het negatieve belang van de eigenaar van het dienende erf bij verzwaring van zijn plichten, te toetsen.

In art 5:81 lid 2 BW worden betrokken derden in het plaatje betrokken, zoals de gerechtigde tot een beperkt recht op één van de erven dat door de wijziging zou worden aangetast.<sup>83</sup> Bij de toets aan de maatstaven van

---

redelijk belang bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid zal terugkeren. Zie voor een toepassing van dit criterium: Hof Arnhem 4 mei 1999, NJ 2000, 706.

79 MvA II bij art 5:79, PG 5, p. 283.

80 MvA II bij art 5:79, PG 5, p. 284. Zie bijv. Hof Arnhem 4 mei 1999, NJ 2000, 706.

81 Aldus MvA II bij art 5:79, PG 5, p. 284.

82 MvA II bij art 5:80, PG 5, p. 285.

83 In HR 15 december 1995, NJ 1996, 691 m.nt. WMK (Damen/Dentjens Aandrijftechniek) is beslist dat de bepaling alleen ziet op beperkt gerechtigden wier positie aangetast wordt, gerechtigden tot een vergelijkbaar beperkt recht zoals een recht van erfdienstbaarheid ten behoeve van aangrenzende erven, behoeven dus niet in het geding te worden betrokken. Zo ook Rb. Utrecht 15 augustus 2001, NJ 2002, 291. HR 28 januari 2005, NJ 2005, 297, betreft de vraag of oproeping pas appel nog tijdig is.

art. 5:78 sub a, 79 en 80 BW dient mede met hun belangen rekening te worden gehouden, hetgeen wederom een manifestatie is van het beginsel van 'multi-laterale weging' van de evenredigheid van alle betrokken belangen.

Dezelfde *imprévision*-regeling als in art. 5:78 sub a en 80 BW is ook neergelegd in art. 5:97 BW voor het recht van *erfpacht*. Via de schakelbepaling in art. 104 lid 2 is de regel van overeenkomstige toepassing op het recht van *opstal*. Art. 5:81 lid 2 BW, dat de positie van beperkt gerechtigden betreft, vindt zijn parallel in art. 5:97 lid 3 BW. De invulling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid is dezelfde; alleen de termijn waarop wijziging kan plaatsvinden verschilt.<sup>84</sup>

Tot slot verdient het reeds in het kader van art. 5:79 en 80 genoemde art. 6:259 BW vermelding.<sup>85</sup> Deze *lex specialis* van art. 6:258 BW geeft in lid 1 sub a aan de rechter de mogelijkheid 'voortdurende verplichtingen' ten aanzien van registergoederen te ontbinden na verloop van 10 jaar wegens strijd met het algemeen belang.<sup>86</sup> Krachtens de bepaling in lid 1 sub b kan de voortdurende verplichting ook worden gewijzigd of opgeheven indien de schuldeiser bij nakoming geen redelijk belang meer heeft en zal krijgen. Deze verbintenisrechtelijke *imprévision*-regel ziet op overeenkomsten waarbij kwalitatieve verplichtingen of kettingsbedingen in het leven zijn geroepen. Gezien de quasi-goederenrechtelijke aard van de kwalitatieve verplichting is ook art. 6:259 BW een *imprévision*-regel met goederenrechtelijke implicaties.<sup>87</sup>

84 Zie daarover uitvoering PG 5 bij art. 5:97, p. 322 e.v. en ook VC II bij art. 5:78, PG 5, p. 280.

85 Zie over art. 6:259 BW nader HR 24 december 2004 (Chidde), AR3642, BR 2006, 268 m.nt. J. de Jong, JOR 2005/111 m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk, in JBN juni 2005, nr. 31, besproken door W.G. Huygen.

86 Voor het geval dat de strijd met het algemeen belang eruit bestaat dat het beding een beletsel vormt voor verwerkelijking van een geldend bestemmingsplan geldt de termijn van 10 jaar krachtens de uitdrukkelijke bepaling aan het slot van art. 6:259 lid 1 BW niet. De schoonmaakbepaling voor het recht van erfdienstbaarheid kent een dergelijke toevoeging niet. Zie hierover MOI Inv. bij art. 6:259 (d.d. 10 mei 1989), PG Inv. 6, p. 1862. 'De eigenaar van het terrein behoort niet de eigenaar van het heersende erf, diens erfdienstbaarheid, d.w.z. diens zakelijke positie te kunnen ontnemen, waardoor, afhankelijk van de omstandigheden, tevens de bestemming van het heersende erf kan worden aangetast.'

87 MvA I Inv. bij art. 5:78, PG Inv. 5, p. 1051 onder c. "Het verschul in termijn (20 jaren bij zakelijke rechten, 10 jaren bij de overeenkomsten bedoeld in art. 6:259 lid 1 onder a) wordt verklaard door de grotere nadruk die bij zakelijke rechten ligt op de stabiliteit van de rechtsverhouding. Weliswaar heeft een deel van de overeenkomsten, bedoeld in art. 6:259 een zekere zakelijke werking en zijn zij in zoverre met

De wet kent geen specifieke *imprévision*-bepalingen voor het recht van vruchtgebruik en de zekerheidsrechten. Deze lacune is op het eerste gezicht opmerkelijk, maar blijkt bij nader inzien op andere wijzen te worden gevuld. Al verschillende keren is aan de orde gekomen dat het recht van vruchtgebruik een duurbeperking kent in art. 3:203 BW. Tussen de duur van een beperkt recht en de behoefte aan een beëindigingsmogelijkheid bestaat uiteraard enig verband, dat uitdrukkelijk is vermeld door regeringscommissaris Snijders in het kader van het duurcontract van de erfpacht:

"Nu kan men, als men contracten op heel lange termijn wil tegengaan, twee dingen doen. Men kan zeggen, een bepaalde figuur kan niet langer dan voor een bepaalde tijd bestaan. Dat is de weg die gevolgd wordt bij het vruchtgebruik. Daar is het gebonden aan het leven van de vruchtgebruiker. En als die vruchtgebruiker een rechtspersoon is, is het gebonden aan een termijn van 30 jaar. Bij de erfpacht zou dat systeem niet goed werken, omdat die erfpachten eventueel ook langer duren. Dan moet men er rekening mee houden, dat er gedurende die lange tijd wel eens iets kan mis gaan dat aangepast moet worden. Daarvoor is dit artikel bestemd. Dat is een redelijke afweging, die er helemaal niet aan in de weg staat, dat men erfpachtcontracten voor een veel langere duur sluit als dat nodig mocht blijken."<sup>88</sup>

Duurbeperkingen enerzijds en *imprévision*-bepalingen anderzijds vormen alternatieve instrumenten die een wetgever kan gebruiken om verstikkende langdurige belastingen in bijzondere omstandigheden te voorkomen. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat voor opheffing of wijziging de bijzondere voorwaarden gelden die hierboven zijn geschetst, terwijl een dwingendrechtelijke duurbeperking in ieder geval leidt tot een tijdig einde. Zonder algemeen belang of onevenredige last zal een lang- of eeuwigdurend beperkt recht van erfpacht of erfdiensbaaerheid niet 'aangepakt' kunnen worden. De instrumenten zijn dus niet gelijkwaardig. Een tweede kanttekening is dat ook een vruchtgebruik al voortijdig een disproportionele last kan opleveren, zodat eveneens behoefte bestaat aan een *imprévision*-bepaling. Het instrument van *imprévision* is flexibeler en breder inzetbaar. Daarom is er naar mijn mening op

---

een zakelijk recht te vergelijken, doch het is onwenselijk geoordeeld om de rechten uit deze overeenkomsten geheel met zakelijke rechten gelijk te stellen. Bij de zuiver obligatoire kettingbedingen, waarop artikel 6:259 daarnaast betrekking heeft, bestaat daartoe zeker geen aanleiding."

88 Regeringscommissaris Snijders in VC II bij art. 5:97, PG 5, p. 325. Vgl. MvA II bij art. 5:97, PG 5, p. 322, waar het vruchtgebruik niet is vermeld, maar wel is gewezen op de behoefte aan een *imprévision*-bepaling voor het recht van erfpacht omdat erfpacht gewoonlijk voor lange tijd of zelfs voor altijd kan worden gevestigd, desgewenst met de mogelijkheid van uitsluiting van eenzijdige beëindiging.



dit punt voldoende rechtvaardiging voor analogische toepassing van de bepalingen in art 578-80 BW<sup>89</sup>

De zekerheidsrechten kennen een reddingsboei van weer andere aard hun afhankelijke karakter. Eén van de consequenties van accessoriteit is dat de zekerheidsrechten van rechtswege tenietgaan zodra de geseceerde schulden geheel zijn afgelost. In de systematiek van de wet wordt met dit kenmerk voorkomen dat de zekerheidsrechten een voortdurende last blijven. Vanwege het ontbreken van een *imprévision*-bepaling of een duurbepanking bestaat er enige aarzeling over de rechtsgeldigheid van constructies die beogen de accessoriteit door te knippen, zoals de zogenaamde bankhypotheek of bankpandrecht. In de doctrine en de jurisprudentie is echter een ander instrument tot ontwikkeling aan het komen, dat een functie vervult die vergelijkbaar is met een *imprévision*-bepaling: de verplichting tot vrijgave van zekerheden op grond van de redelijkheid en billijkheid die de kredietverhouding tussen zekerheidsnemer en kredietnemer beheersen.<sup>90</sup>

De wettelijke *imprévision*-regelingen vormen het sluitstuk van het nieuwe goederenrecht. Ze creëren checks and balances, die van meer belang zijn geworden door de versoepeling van het wettelijke regime voor de verschillende typen beperkte rechten. In het achterhoofd moet worden gehouden dat de afschaffing van het naburigheidsvereiste en de subjectivering van het nutsvereiste de mogelijkheden tot gebruik van een recht van erfdiensbaarheid aanzienlijk hebben vergroot. Er kunnen tegenwoordig erfdiensbaarheden worden gevestigd van een veel opener en wijdere strekking.<sup>91</sup> De *imprévision*-bepalingen scheppen een tegenwicht, zij vormen "het wellicht belangrijkste instrument waarmee het ondersneeuwen van eigendom met lasten kan worden tegengegaan".<sup>92</sup>

---

89 Zeker voor degenen die een beperkt recht wensen te kwalificeren als een duurcontract zal een beroep op art 6:216 jo 259 BW mogelijk zijn. Deze weg is echter inhoudelijk moeilijker te rechtvaardigen gezien de kortere termijn in art 6:259 BW en de verwantschap van vruchtgebruik met de andere zuiver goederenrechtelijke rechten.

90 Zie verder N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, diss. Tilburg, 2004, p. 178-180. De verplichting tot vrijgave is opgenomen in de tweede alinea van art 18 van de Algemene Bankvoorwaarden.

91 C.C. van Dam in Asser-Mijnssen-Van Velten-Van Dam 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 199.

92 W. Snijders, *De toekomst van de eigendom* (Schoordijkbundel), 1991, p. 255.

### 9.3.3 Redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en relativering

Kenmerkend voor het vermogensrecht in het algemeen is de prominente rol voor de redelijkheid en billijkheid. De kernbepaling in de wet is art. 6:2 lid 1 BW, dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze norm, die voor overeenkomsten is herhaald in art. 6:248 BW, heeft gezien haar plaatsing in boek 6 en gezien haar formulering in termen van schuldeiser en schuldenaar primair betrekking op het verbintenissenrecht. Toch werkt de norm door in goederenrechtelijke verhoudingen, enerzijds door de werking van de schakelbepalingen, en anderzijds doordat in veel bepalingen uit het goederenrecht wordt gerefereerd aan termen zoals 'redelijk' en 'evenredig', die tenminste nauw verwant zijn met de redelijkheid en billijkheid.<sup>93</sup> Hiertoe behoort waarschijnlijk ook de bepaling in art. 3:13 BW inzake misbruik van bevoegdheid. De bepalingen kunnen de fundamentele vormen voor een algemeen beginsel van goederenrecht, dat het evenredigheidsbeginsel kan worden genoemd.<sup>94</sup>

#### 9.3.3.1 De redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht

##### *De schakelbepalingen*

De enige goederenrechtelijke wetsregel waarin expliciet naar de verbintenissenrechtelijke norm van redelijkheid en billijkheid wordt verwezen, is art. 3:166 lid 3 BW. Hierin wordt art. 6:2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten in een gemeenschap.<sup>95</sup> Voor zover die rechtsbetrekkingen verbintenissenrechtelijk van

93 In verschillende goederenrechtelijke wetsregels zijn niet nader geconcretiseerde begrippen gebruiken zoals 'redelijk' en 'evenredig' te vinden. Volgens G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. Nieuw BW A-5, 1994, nr. 15, zijn deze termen "te kwalificeren als een nadere precisering c.q. impliciete neerslag van de redelijkheid en billijkheid". Zie verder m.n. J.E. Fesevur, *Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht*, in: *Open normen in het goederenrecht*, 2000, p. 21-60; Fesevur, *Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht*, de rechter reeds lang op het goede spoor, WPNR 6472 (2002), p. 29-39, en verder o.a. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 12.10 en 12.12. Zie ook mijn bijdrage, *Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht*, NTBR 2000/3, p. 91-96.

94 Zie ook § 9.5.1.2.

95 Op grond van de schakelbepaling in lid 2 van art. 3:189 BW is de norm van art. 3:166 lid 3 BW ook van toepassing op een aantal bijzondere gemeenschappen: de gemeenschap van een nalatenschap, een ontbonden huwelijksgemeenschap, maatschap, vennootschap of rederij, en de gemeenschap van een gebouw waarvan de splitsing in appartementsrechten is opgeheven. De schakelbepaling van art. 3:166 lid 3 BW is echter ingevolge lid 1 van art. 3:189 BW niet van toepassing op een

aard zijn, is art. 6:2 rechtstreeks van toepassing, en ingeval aan de gemeenschap een meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling ten grondslag ligt, eveneens art. 6:248 via de schakelbepaling in art. 6:216 BW.<sup>96</sup> Wat overblijft zijn bijvoorbeeld gevallen waarin de gemeenschap voortvloeit uit een uiterste wilsbeschikking, uit de wet of uit een rechterlijke uitspraak.<sup>97</sup> Voor die gevallen is de uitdrukkelijke verwijzing naar de verbintenisrechtelijke norm van redelijkheid en billijkheid opgenomen. De bepaling komt voort uit jurisprudentie onder het oude recht.<sup>98</sup> Deze leidde Gerbrandy tot een algemeen gezichtspunt:

"Ook door redelijkheid en billijkheid worden bestreken gevallen waarin partijen bij wijze van spreken 'op één hoop zijn geworpen' en in omstandigheden komen te verkeren waarin alleen redelijk overleg uitkomst kan bieden. (...) situaties waarin partijen weliswaar niet gecontracteerd hebben maar wel tot contracteren zijn gehouden: (...) Zij bevinden zich in een situatie die de Duitsers 'vertragsähnlich' zouden noemen."<sup>99</sup>

Overigens pleitte Gerbrandy voor grote terughoudendheid bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

De schakelbepaling in art. 6:216 BW leidt tot toepasselijkheid van art. 6:248 BW op 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen'.<sup>100</sup> In het bijzonder de goederenrechtelijke overeenkomst, die naast de leveringsformaliteiten en -handelingen steeds een element van de levering vormt, is daarmee binnen het bereik van de in het verbintenis-

---

huwelijksgemeenschap, maatschap, vennootschap of rederij zolang zij niet ontbonden zijn, noch op de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw, zolang de splitsing niet is opgeheven.

96 Ook de verdeling van een gemeenschap op basis van art. 3:178 BW is een meerzijdige rechtshandeling waarop art. 6:248 BW via de schakelbepaling van art. 6:216 BW van toepassing is.

97 MvA II bij art. 3:166, PG 3, p. 579.

98 Zie ten aanzien van de gemeenschap van de gezamenlijke erfenamen HR 20 december 1946, NJ 1947, 59 m.nt. EMM (Kessels/Kessels), HR 12 mei 1972, NJ 1973, 53 m.nt. KW en HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 m.nt. WMK. Zie ten aanzien van de ontbonden huwelijksgemeenschap HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563 m.nt. PhANH, HR 16 januari 1981, NJ 1981, 312 m.nt. EAAL, HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH en HR 7 december 1990, NJ 1991, 593 m.nt. EAAL.

99 S. Gerbrandy, Redelijkheid en billijkheid op de drempel, WPNR 6061 (1992), p. 635-640, p. 637 l.k.

100 Voorbeelden van wat als 'andere meerzijdige rechtshandeling' wordt aangemerkt, zijn schuldoverneming, contractoverneming, afstand van een vorderingsrecht, de goederenrechtelijke (of zakelijke) overeenkomst, de familierechtelijke overeenkomst zoals huwelijkse voorwaarden, de procesrechtelijke overeenkomst zoals een bewijs-overeenkomst, en de publiekrechtelijke overeenkomst.

recht geregeld de redelijkheid en billijkheid gebracht. Met de goederenrechtelijke overeenkomst zijn gelijk te stellen de overeenkomsten van vestiging van een beperkt recht en van verdeling van een gemeenschap.<sup>101</sup>

Soms wordt in de rechtspraak en de literatuur meer of minder uitdrukkelijk aangenomen dat "de conclusie gerechtvaardigd is dat alle vermogensrechtelijke verhoudingen aan het beginsel van de redelijkheid en billijkheid onderworpen zijn", zoals de verhouding tussen de erfverpachter en de erfpachter bij de afwikkeling van de rechtsverhouding aan het einde van de tijdelijke erfpacht.<sup>102</sup> Hiertegenover moet worden gesteld dat een rechtshandeling iets anders is dan een vermogensrechtelijke *rechtsverhouding*, of *rechtsbetrekking*, ten opzichte van derden die niets van doen hebben gehad met de handeling die geleid heeft tot het ontstaan van de goederenrechtelijke situatie. Juist aan goederenrechtelijke verhoudingen ligt niet altijd een contractuele verhouding tussen de betrokkenen ten grondslag. Het gaat dan bijvoorbeeld om de situatie waarin een erfpachter zijn zakelijk recht aan een derde heeft overgedragen, of waarin één van de bij een recht van erfdienstbaarheid betrokken erven is overgegaan op een derde. Een contractuele band ontbreekt voorts in de verhouding van een pandhouder of vruchtgebruiker van een vordering ten opzichte van de schuldenaar. Voor eventuele toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid ontbreekt in deze gevalstypen geheel de stabiele basis van een overeenkomst of althans een verbintenis tussen de goederenrechtelijk betrokkenen.

In de meeste gevallen ligt echter wel een overeenkomst ten grondslag aan de verhouding tussen de verschillende betrokkenen bij een goederenrechtelijk recht: wanneer een beperkt recht wordt gevestigd, geschiedt dat veelal op basis van een contractuele titel voor vestiging.<sup>103</sup> Zolang het beperkte recht of het meer omvattende recht niet overgaat op een ander, zijn de betrokkenen bij het goederenrechtelijk recht tevens de partijen bij de overeenkomst die tot vestiging van het recht heeft verplicht.

101 A S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 10, en Compendium, nr 354

102 Het citaat komt uit de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, § 8, voor HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Haagse erfpacht). Zie voor verwijzingen naar literatuur over de toepasselijkheid van regels van verbintenissenrecht via de schakelbepaling van art. 6:216 in het kader van erfpachtverhoudingen mijn bespreking van dit arrest, NTBR 2000/3, p 91-96.

103 De titel voor vestiging wordt niet noodzakelijkerwijs steeds gevormd door een overeenkomst. Goed denkbaar is dat een legaat de titel voor vestiging oplevert. Bijvoorbeeld het vruchtgebruik voor de langstlevende echtgenoot wordt sinds jaar en dag gevestigd krachtens de titel van het legaat of het testament.

Het is echter discutabel of in al dergelijke gevallen aansluiting mag worden gezocht bij de overeenkomst waarbij de betrokkenen alle partij zijn geweest.<sup>104</sup> Er bestaat een stroming in de Nederlandse literatuur die verdedigt dat het contract is uitgewerkt zodra het goederenrechtelijk recht tot stand is gekomen. De wederzijdse rechten en plichten van de betrokkenen zouden vanaf dat moment in beginsel alleen kunnen voortvloeien uit de wet of uit de aard van het gevestigde goederenrechtelijke recht in verband met de akte van vestiging, waarin de goederenrechtelijke overeenkomst van vestiging is weergegeven.

Een afgeleide is het geval waarin een vordering is verpand of in vruchtgebruik gegeven. De verhouding tussen een pandhouder of een vruchtgebruiker van een vordering en de schuldenaar van die vordering zou worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid.<sup>105</sup> Een aanwijzing hiervoor is te vinden op een wat curieuze plaats in parlementaire stukken. Naar aanleiding van een opmerking van Schoordijk is in het kader van art. 3:177 BW inzake verdeling of overdracht van een aandeel waarop een beperkt recht rust, opgemerkt dat art. 3:166 lid 3 BW naar zijn aard tevens van toepassing is op hen die hun recht aan een deelgenoot ontleen.

"Zo zal ook tussen degene die een pandrecht of een vruchtgebruik op een vordering heeft, en de schuldenaar uit die vordering [art. 6 2] gelden. Een bijzondere regel is voor dergelijke gevallen niet nodig en zou veeleer tot ongewenste a contrario argumenten leiden"<sup>106</sup>

De veronderstelde algemene toepasselijkheid van de verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid in dergelijke gevallen wordt kennelijk afgeleid uit de niet eerder zo algemeen geponeerde stelling dat een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding van de moedergerechtigde tot een derde ten aanzien van een goed doorwerkt in de positie van een beperkt gerechtigde tot dat goed.

### *Analogische toepassing*

In een aantal goederenrechtelijke gevallen is de norm van redelijkheid en billijkheid toegepast zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig was. Voor weer andere specifieke, goederenrechtelijke gevallen wordt bepleit dat de rechter de redelijkheid en billijkheid buiten de in de wet genoemde gevallen analogisch toepast op andere rechtsbetrekkingen. Verschillende typen zijn te onderscheiden.

104 Zie de verwijzingen in § 6 8.2.

105 Asser-Hartkamp 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, 12<sup>e</sup> druk 2005, nr. 305.

106 MvA II Inv. bij art. 3:177, PG Inv. 3, p. 1290.

Het verst verwijderd van een goederenrechtelijke verhouding, maar wel daarmee verwant, is de onderlinge verhouding van schuldeisers. Deze zou tijdens faillissement van de gezamenlijke schuldenaar door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst.<sup>107</sup> Ook meer specifiek bij uitwinning van een goed en bij inning van verpande vorderingen buiten faillissement kan men zich voorstellen dat relatie tussen de verschillende gerechtigden ten aanzien van de opbrengst wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.<sup>108</sup>

Duidelijk goederenrechtelijk zijn burenenrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld wat een heg betreft. Krachtens art. 5:49 j° 42 lid 3 BW is een heg van coniferen tot een hoogte van 2 meter in beginsel toelaatbaar bij wijze van scheidsmuur. In de omstandigheden van een door het Hof Den Bosch beoordeeld geval stonden de redelijkheid en billijkheid in de weg aan verwijdering van een coniferenhaag met een hoogte van 2.25 meter.<sup>109</sup>

Het meest van belang zijn de gevallen die de verhouding tussen een beperkt gerechtigde en de moedergerechtigde betreffen. Wanneer een beperkt recht is geëindigd, heeft de Hoge Raad in de dan ontstane door Kleijn beschreven situatie van blijven-en-dulden de goede trouw-normen van art. 1374 Oud BW toegepast.<sup>110</sup> In het verlengde hiervan ligt de situatie waarin bijvoorbeeld wanneer het recht van erfpacht ondanks het verstrijken van de tijd waarvoor het is gevestigd ingevolge art. 5:98 BW blijft doorlopen.<sup>111</sup> Hiermee komt men meer algemeen op de verhouding tussen een moedergerechtigde en beperkt gerechtigde.<sup>112</sup> Vermeld is al dat som-

- 
- 107 Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m nt G (Loeffen q q /Mees & Hope I) Zie uitdrukkelijk F.M.J. Verstylen, diss. Tilburg, p 67-76, en W. Snijders, *Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht*, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 2003, p 269-287, § V Anders C J J van Maanen, *Onredelijkheid en onbillijkheid als beginselen van faillissementsrecht*, Studiekring Offerhaus, 1996.
- 108 De verplichting tot kennisgeving van executoriale inning aan belanghebbenden, zoals neergelegd in art. 3:249 en art. 3:268 lid 2 BW, kan worden gekenschetst als een exponent van de redelijkheid en billijkheid. Zie ten aanzien van de verhouding van een hypotheekhouder tot een derde-hypotheekgever Rb. Rotterdam 13 februari 1922, NJ 1922, p 395, inmiddels 'verstold' in art. 3:234 BW.
- 109 Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1993, NJ 1994, 201. Zie voorts Davids, *Burenrecht*, Mon. Nieuw BW B-26, 3<sup>e</sup> druk 1999, § 5 en R J J van Acht, *Burenrecht*, diss. Nijmegen, 1990, § 18 en 19.
- 110 HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452 m nt WMK. Zie ook HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Haagse erfpacht), m n r o 332, tweede alinea, waarin wordt geconstateerd dat het hof de gedragslijn van de erfverpachter heeft getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.
- 111 Kleijn, t a p.
- 112 Een specifiek geval is nog de situatie waarin op grond van art. 5:91 BW is bedongen dat voor overdracht van een recht van erfpacht toestemming van de erfverpachter nodig is. De redelijkheid en billijkheid zouden kunnen meebrengen dat de erfver-

migen verdedigen dat de overeenkomst tot vestiging doorwerkt in deze verhouding zodat art. 6:2 BW via de schakelbepaling in art. 6:216 BW van toepassing is. De rechtsverhouding tussen een bloot eigenaar en de gerechtigde tot een beperkt recht kan echter ook door verjaring of door een rechterlijke uitspraak zijn ontstaan. Voor de invloed van de redelijkheid en billijkheid mag volgens Hartkamp geen rol spelen of deze door vestiging dan wel door verjaring of door wetsbepaling zijn ontstaan.<sup>113</sup> Hiermee komt men dichtbij het kamp van degenen die stellen dat de redelijkheid en billijkheid op alle vermogensrechtelijke verhoudingen van toepassing zijn, en dus ook op goederenrechtelijke verhoudingen, al dan niet op grond van art. 6:216 BW.

### 9.3.3.2 Misbruik van bevoegdheid

Misbruik van bevoegdheid is geregeld in de algemene bepalingen van het vermogensrecht. Het leerstuk is mede in de context van het eigendomsrecht tot ontwikkeling gekomen. Juist de bevoegdheid van een eigenaar om amotie te vorderen van het gedeelte van een garage dat door de buurman per abuis op het buurerf was gebouwd, is op grond van de misbruikregel aan banden gelegd.<sup>114</sup>

In art. 3:13 BW wordt het leerstuk gedefinieerd. Lid 2 van dat artikel geeft een enumeratieve opsomming van drie gevallen waarin sprake is van misbruik. Het eerste geval is dat waarin een bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden; het tweede dat waarin een bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend; en het derde geval dat waarin men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van een

---

pachter gehouden is tot het geven van toestemming, aldus Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 14<sup>e</sup> druk 2001, no. 200.

113 Aldus Asser-Hartkamp 4-II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12<sup>e</sup> druk 2005, nr. 305. Een wettelijk aanknopingspunt voor deze stelling stond op stapel: in oud ontw.-art. 4:2A.1.1 lid 4, PG Inv. 4, p. 1287, werd art. 6:2 van overeenkomstige toepassing verklaard op de betrekkingen tussen de langstlevende echtgenoot aan wie door de wet een recht van vruchtgebruik was toegekend enerzijds en de erfgenamen anderzijds. Dit ontwerp artikel is nu vervallen: het wettelijk vruchtgebruik voor de langstlevende heeft plaatsgemaakt voor de constructie van een ouderlijke boedelverdeling gecombineerd met niet-opeisbare vorderingsrechten en wilsrechten voor de andere erfgenamen. Voor het in art. 4:19 en 21 BW bedoelde vruchtgebruik verwijst art. 4:23 BW in algemene zin naar afd. 3.8 BW.

114 HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 m.nt. PhANH (Grensoverschrijdende garage).

bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.<sup>115</sup>

De precieze onderlinge verhouding van deze drie gevallen is onduidelijk. Naar mijn mening vinden ze alle hun verankering in een evenredigheidstoets.<sup>116</sup> Ook in de twee eerstgenoemde gevallen is het belang van de benadeelde steeds in het geding; zonder geschonden belang geen misbruik.<sup>117</sup> Dat ligt in de aard van het begrip subjectief recht: "Subjectieve rechten maken steeds deel uit van een rechtsverhouding en slechts tegen de achtergrond van die rechtsverhouding kunnen hun inhoud en omvang worden bepaald".<sup>118</sup> Dat geldt ook voor het eigendomsrecht in zijn 'relationele bepaaldheid'.<sup>119</sup>

In essentie komt de regel van art. 3:13 BW mijns inziens neer op afbakening van de bevoegdheden van een rechthebbende, gezien de aard van het betreffende goederenrechtelijke recht, in verhouding tot de belangen van anderen die bij de uitoefening van dat recht betrokken raken. De norm van art. 3:13 BW is daarmee van groot belang voor de afbakening van de verhouding tussen een beperkt gerechtigde en de moedergerechtigde gedurende het voortbestaan van het beperkte recht.

Het ontwerp voor het BW voorzag in nog een instrument om hun onderlinge verhouding in goede banen te leiden. Zoals in § 7.4.6 al is be-

115 De toets van art. 3:13 lid 2 is een '(geobjectieerd) subjectieve': volgens HR 21 mei 1999, NJ 1999, 507, ziet de wet op het geval waarin degene die een bevoegdheid uitoefent, de onevenredigheid kent of behoort te kennen.

116 HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 229 m.nt. WMK (Pita/De Windt) spreekt niet van 'onevenredigheid' van het belang dat geroeid is met de uitoefening en dat wat wordt geschaad, maar slechts van de 'wederzijdse belangen' en het 'naar redelijkheid niet tot uitoefening' van die bevoegdheid kunnen komen. Blijkens MO bij art. 5:1, PG 5, p. 30, was de regeringscommissaris van mening dat in het eerder genoemde arrest Grensoverschrijdende garage "geen algemene regel kan worden gelezen dat de grenzen van het recht van de eigenaar zouden moeten worden vastgesteld aan de hand van een 'evenredige' afweging van zijn belangen en de belangen van anderen."

117 Zie TM bij art. 3:13, PG Inv. 3, p. 1039.

118 J.H. Nieuwenhuis, Confrontatie en compromis, 1992, h. 3 (eerder gepubliceerd in: Flores Debitorum (Van Haersolte-bundel), 1984, p. 73), p. 42. "Subjectieve rechten maken steeds deel uit van een rechtsverhouding en slechts tegen de achtergrond van die rechtsverhouding kunnen hun inhoud en omvang worden bepaald.", met verwijzing naar Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I, par. 4. In Goed en Trouw (Van der Grintenbundel) stelt S.C.J.J. Kortmann op p. 472 dat men bij eigendom naast de betrokkenheid van de eigenaar tot het object de relatie van de eigenaar tot de overige rechtssubjecten (zijn omgeving) dient te onderscheiden; bij het vaststellen van de marges waarbinnen het toebrengen van hinder rechtmatig is, "zal men het tweezijdige karakter van de intersubjectieve relatie in het oog moeten houden". Zie ook Eggens, rede KNAW 1960, p. 189.

119 De termen komen van S.C.J.J. Kortmann, De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen, AAe 22 (1973), p. 426-436.



schreven, was beoogd dat een beperkt recht of een moederrecht in het belang van de moedergerechtigde respectievelijk beperkt gerechtigde onder bewind werd gesteld. Uiteindelijk voorziet de wet alleen in onderbewindstelling van een recht van vruchtgebruik en in bewind ten aanzien van een gemeenschappelijk goed. Doordat invoering van titel 3.6 BW niet heeft plaatsgevonden, mist een nuttig algemeen instrument in goederenrechtelijke verhoudingen naast art. 3:13 BW en de redelijkheid en billijkheid.

### 9.3.3.3 Synthese: relativering

In hoeverre deze drie leerstukken in het algemene vermogensrecht van elkaar zijn te onderscheiden, is onderwerp van debat. Algemeen wordt aangenomen dat de *imprévision*bepaling in art. 6:258 BW een *lex specialis* is van de aanvullende of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>120</sup> De parlementaire geschiedenis bevat aanwijzingen dat hetzelfde geldt voor de goederenrechtelijke *imprévision*bepalingen.<sup>121</sup> Ten aanzien van misbruik van bevoegdheid heeft Vranken gesteld dat dit leerstuk functioneel het voorportaal is van toepassing van het leerstuk van de werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>122</sup> Hesselink stelt echter dat het leerstuk rechtsmisbruik in Nederland niet op de redelijkheid en billijkheid is gebaseerd, maar zijn oorsprong vindt in de delictuele aansprakelijkheid.<sup>123</sup> Volgens Gerver zijn misbruik van recht of bevoegdheid en handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid variaties op hetzelfde the-

120 MvA II bij art. 6:258, PG 6, p. 974, en MvT Inv.bij art. 6:258, PG Inv. 6, p. 1827. Blijkens HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor de Effectenhandel/CSM) sluit toepasselijkheid van art. 6:258 BW echter niet de toepasselijkheid van art. 6:248 BW uit.

121 Vgl. de verwijzing naar de goederenrechtelijke *imprévision*bepalingen in Eindverslag I bij art. 6:2 (d.d. 4 maart 1980), PG 6, p. 71: "De woorden 'redelijkheid en billijkheid' vormen één geheel en derhalve een hendiadys. (...) Evenals de goede trouw van het huidige art. 1374 lid 3 BW, dat naar de letter slechts op overeenkomsten van toepassing is, gelden de eisen van redelijkheid en billijkheid ook nog voor andere rechtsverhoudingen, zulks naar gelang hun aard. (...) Voor wat betreft de verhouding tussen bloot eigenaar en beperkt zakelijk gerechtigde kan - behalve op de voormelde werking van art. [6:216] - worden gewezen op de artikelen [5:78 sub a, 5:78 sub b en 5:97]."

122 J.B.M. Vranken, Misbruik van recht als overgangsfiguur, BW-Krant Jaarboek 1996, p. 94. Vgl. TM bij art. 3:13, PG Inv. 3, p. 1040.

123 M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. UvA, 1999, p. 60. Zie ook Pitlo/Reehuis, nr. 489.

ma.<sup>124</sup> Gielen meent dat bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een volledige toetsing plaatsvindt, terwijl bij toepassing van het leerstuk van misbruik slechts ruimte is voor een "min of meer marginale toetsing".<sup>125</sup> Hiervoor zijn in de literatuur en de jurisprudentie enige aanknopingspunten te vinden.<sup>126</sup> In ieder geval worden de toetsingsmaatstaven van misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke betamelijkheid geacht niet zoveel van elkaar te verschillen.<sup>127</sup>

De discussie over de onderlinge afbakening van deze drie leerstukken kan hier verder buiten beschouwing blijven. In deze § 9.3, die een analyse geeft van de checks en balances in het geldende goederenrecht, volstaat de constatering dat de redelijkheid en billijkheid voor zover van toepassing in goederenrechtelijke verhoudingen, het leerstuk misbruik van bevoegdheid en - wellicht in mindere mate - de *imprévision* bepalingen correctie-instrumenten van een bepaalde soort opleveren; het gaat om leerstukken die passen in een benadering van goederenrechtelijke verhoudingen waarin het accent wordt gelegd op, wat kan worden genoemd, de relationele dimensie. Hiermee wordt bedoeld op de stroming in de doctrine die goederenrechtelijke rechten niet slechts als rechten tot een goed wenst te zien, maar vooral ook als een rechtsverhouding tot anderen met betrekking tot een goed. Deze stroming heeft oude wortels en kent promi-

124 P.H.M. Gerver, *Zijn regels wel regels?* - Enige opmerkingen over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het hypotheekrecht, rede Amsterdam 1993, p. 10. Vgl. Rb. Amsterdam 6 juni 2001, JOR 2001/218, r.o. 4.1.

125 Ch. Gielen, *Volghende het rechte oordeel van redene - Intellectuele eigendom en aspecten van burgerlijk recht: de invloed van de redelijkheid en billijkheid en van zwaarwegende maatschappelijke belangen op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten en is Boek 9 echt nodig?*, rede RUG 1993, nr. 18 op p. 11/12, nr. 32 op p. 20 en nr. 33 (slot). Bovendien meent Gielen, op p. 14, nr. 21, noot 60, dat toetsing aan redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid biedt rekening te houden met belangen die boven of naast die van de betrokken partijen staan, zoals het algemeen belang; bij misbruik van bevoegdheid zou juist zijn bedoeld slechts te toetsen of er sprake is van onevenredigheid tussen enerzijds het belang van de rechthabende en anderzijds het belang van de benadeelde, zonder dat maatschappelijke belangen in de overwegingen worden betrokken. M.i. ten onrechte: de termen 'evenredigheid' en 'redelijkheid' in art. 3:13 BW verwijzen naar de maatstaf voor redelijkheid en billijkheid in art. 3:12 BW. Bovendien moet art. 3:13 BW juist toepassing vinden in situaties waarin belangen van derden en algemene belangen zoals rechtszekerheid pregnanter naar voren komen dan in verbintenissenrechtelijke verhoudingen waarin de redelijkheid en billijkheid derogerend kan werken.

126 Zie bijv. HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Erfpachters Den Haag), m.n. r.o. 3.3.2, tweede alinea. Ook Hesselink, a.w., stelt dat men ter onderscheiding van de redelijkheid en billijkheid hogere eisen aan toepassing van de figuur rechtsmisbruik heeft willen stellen.

127 Zie MvT Inv. bij art. 3:13 (d.d. 9 juli 1982), PG Inv. 3, p. 1049, en verder Vranken, a.w., en Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar boek 3, 1986, p. 25.

nente vertegenwoordigers, zoals met name Van der Heijden, Kisch, Eggens, Schoordijk, Kortmann in vroege jaren, en thans onder andere Rank-Berenschot, althans wat beperkte rechten betreft zoals is gebleken in § 6.8.1, en J. Smits zoals is gebleken in § 9.2.1.2.<sup>128</sup>

Deze benadering biedt bij uitstek ruimte voor invulling en afbakening van de bevoegdheden van de goederenrechtelijk gerechtigde op een wijze die meer gesubjectieerd is en toegesneden op concrete gevallen, meer afhankelijk van de omstandigheden van het geval op het moment en vooral meer bepaald door de verhouding tot de 'wederpartij' die betrokken is geraakt bij het goed van de gerechtigde. Vanwege het accent op deze relationele kant van een goederenrechtelijk recht kan worden gesproken van 'relativering'. Het relativiseringsdenken is wijd verbreid. Zo schrijft Mijnsen in de Asser-serie:

"de macht van de eigenaar ten opzichte van de hem toebehorende zaak is slechts een relatieve en wordt mede bepaald door de rehtens beschermde belangen van de gemeenschap en van anderen dan de eigenaar zelf. De zogenaamde beperkingen op het eigendomsrecht zijn dus a priori in het huidige eigendomsbegrip opgesloten."<sup>129</sup>

Hiermee wordt gekozen voor één van twee dogmatische visies die zijn verdedigd met betrekking tot de wijze waarop de beperkingen die van rechtswege bestaan op de uitoefening van de bevoegdheden van een eigenaar, inwerken op het eigendomsrecht.

Eén stroming in de doctrine kwalificeert de beperkingen van rechtswege als inbreuken ten gunste van derden op de 'absolute' en volledige vrijheid van de eigenaar om met de zaak te handelen zoals hij wil. Deze stroming houdt rechtshistorisch waarschijnlijk verband met de opvattingen van sommige pandektisten, die tenderden naar verabsolutering van de

128 E.J.J. van der Heijden, De samengestelde rechtsbetrekking, WPNR 3065 (1928), ook in: Verspreide geschriften, 2001, p. 97 ("Zakelijke rechten zijn rechtsbetrekkingen, naar de betrokken persoon onbepaald, dus absoluut; naar den betrokken term gericht op hetgeen onze wet toevallig als zaak gelieft aan te duiden - een aanduiding, welker uitbreiding een behoorlijke systematiek zou ten goede komen -; naar den inhoud omvattend de rechten en *verplichtingen*, welke de wet voor elk daarvan opsomt."); I. Kisch, Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten, diss. Amsterdam, 1932; J. Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Mededelingen KNAW, nieuwe reeks, deel 23 no. 7 (1960), p. 187-204; H.C.F. Schoordijk, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht (recensie dissertatie E.B. Rank-Berenschot), NJB 1992/37, p. 1202-1206; S.C.J.J. Kortmann, De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen, AAe 22 (1973), p. 426-436. Zie ook de rechtspositie-leer van H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nos. 70-74.

129 Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 22.

eigendom. De andere visie blijkt voort te komen uit de Germanistische stroming in de 19<sup>e</sup> eeuwse Duitse wetenschap en wordt meestal aangeduid als de *Immanenztheorie*.<sup>130</sup> Hierin worden de beperkingen als elementen van het eigendomsrecht zelf beschouwd; de beperkingen geven het eigendomsrecht mede vorm en bepalen de aard en de inhoud van de eigenaarsbevoegdheden. Deze tweede theorie wordt voor het Nederlandse goederenrecht als de heersende aangemerkt, zoals ook blijkt uit het citaat van Mijnssen.<sup>131</sup> De beperkingen die op basis van de Immanenztheorie als inherent aan een goederenrechtelijk recht worden aangemerkt, worden mede bepaald door de verhouding tot een wederpartij. Bevoegdheidsbeperkingen *in abstracto* gaan uiteindelijk over in misbruik van bevoegdheid zoals bedoeld in art. 3:13 BW.<sup>132</sup> De Immanenztheorie neigt naar relativering van goederenrechtelijke verhoudingen.

In hoeverre kan worden gesproken van een tendens tot relativering is onduidelijk. Van Schilfgaarde schreef in 1974 dat het recht van de privaatrechtelijke organisaties zich in een fase van heroriëntatie bevond, die gepaard ging met relativering van subjectieve rechten:

"Relativering in deze zin dat de subjectieve rechten, de eigendom voorop, zich steeds minder laten kennen als door het objectieve recht vast af te bakenen bevoegdheden, maar als bevoegdheden die in hun omvang en werkzaamheid afhankelijk zijn van de omstandigheden waaronder en de rechtsbetrekking waarin zij worden uitgeoefend. Subjectieve rechten zijn, zo zou men het enigszins lapidair kunnen uitdrukken, functies van het sociaal systeem waarin zij worden uitgeoefend. Relativering van subjectieve rechten heeft noodzakelijk gevolgen voor de positie in het recht, de rechts-positie, van het rechtssubjekt. In zoverre als de subjectieve rechten functies zijn van het sociaal systeem waarin zij worden uitgeoefend, wordt ook het rechtssubjekt, de drager van die rechten, door het sociaal systeem bepaald. Niet iedereen zal deze gedachte aanvaarden. En dat op goede gronden. Zij is - als ik het goed zie - in strijd met de opbouw van ons privaatrecht, waarin het rechtssubjekt en de aan deze toekomende subjectieve rechten primair worden gesteld. Niet voor niets spreek ik dan ook van een herorientatie."<sup>133</sup>

130 Zie de beschrijving door Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001, p. 258.

131 Zie verder W. Snijders, *De toekomst van de eigendom*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, p. 257, noot 21, met verwijzing naar Meijers, VPO II, p. 178-179. Vgl. ook Eggens, KNAW, 1960, p. 189 ("In concreto relateert zich dus de in abstracto als absoluut gedachte vrijheid van de eigenaar."); Nieuwenhuis, t.a.p., en reeds A.A.H. Struycken, *Het rechtsbegrip*, diss. Leiden 1903, p. 245-251.

132 Vgl. Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, 14<sup>e</sup> druk 2002, nr. 44: "Misbruik van een bevoegdheid vooronderstelt dat een gedraging, die aanvankelijk in haar algemene abstracte bepaling gekwalificeerd wordt als rechtmatige uitoefening van die bevoegdheid, in haar nadere bepaling - rekening houden met alle bijzondere omstandigheden van het geval - veroordeeld wordt als misbruik van die bevoegdheid."

133 P. van Schilfgaarde, *De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap volgens het ontwerp BW*, WPNR 5251 (1974), op p. 118 r.k.

Het begrip subjectief recht en daarmee ook het begrip rechtssubject zijn dus in het geding. Al in 1928 heeft Van der Heijden betoogd dat niet het begrip subjectief recht maar het begrip rechtsbetrekking het fundament van het privaatrecht vormt en de basis voor het begrip zakelijk recht.<sup>134</sup> Deze stelling kan worden gezien als een vertrekpunt voor de genoemde lijn van Eggens - wiens rede uit 1960 opvallend veel gelijkenis vertoont met het artikel van Van der Heijden -, Schoordijk en Smits, die allen de goederenrechtelijke verhoudingen - al dan niet: mede - in verbintenisrechtelijke termen analyseren.

Deze doctrinaire benaderingen hebben steeds duidelijker een weerslag gehad op de rechtsontwikkeling, zoals is gebleken in de voorgaande paragrafen. Daardoor biedt het vermogensrecht ruimte, vermoedelijk meer dan vroeger, voor toetsing van de wijze waarop een bevoegdheid met betrekking tot een goed wordt uitgeoefend. De redelijkheid en billijkheid en het daarmee verwante leerstuk misbruik van bevoegdheid creëren ook in het goederenrecht gedragsnormen die worden ingevuld op basis van de verhouding tot een ander in de omstandigheden van een concreet geval. De relativerende, of relationele, tendens wordt daarmee een gedragsrechtelijke benadering.

Opvallend is dat deze benadering volgens Timmerman ook in het vennootschapsrecht valt te onderkennen. Hij constateert een verschuiving van voorschriften die voor de vennootschap als zodanig gelden naar regels die aangeven hoe belangrijke functionarissen zich binnen de vennootschap dienen te gedragen.<sup>135</sup> Hij spreekt van een verschuiving "van de hardware van de dogmatiek naar de software van het gedragsrecht".<sup>136</sup>

Al met al vormt het cluster van de drie leerstukken die in § 9.3.2 en 3 zijn besproken, een zeef waarmee goederenrechtelijke constructies met bijzondere beperkingen of uitbreidingen van bevoegdheden kunnen worden gefilterd. Ze vormen instrumenten waarvan de rechter gebruik kan maken bij de afbakening van de onderlinge verhouding tussen goederenrechtelijk gerechtigden.

---

134 E.J.J. van der Heijden, *De samengestelde rechtsbetrekking*, WPNR 3065 (1928), ook in: *Verspreide geschriften*, 2001, slot, p. 98: "Zoodra de civiele dogmatiek besluiten zal, het subjectieve recht als maatstaf te laten en haar formules opbouwen gaat als functies van het begrip rechtsbetrekking, mag men verwachten te geraken tot een stelsel, dat het geheel der rechtsverschijnselen omvat en daardoor tegelijk den beoefenaar van het civiel- en dien van het publiek recht bevrediging kan schenken."

135 L. Timmerman, *Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht - Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?*, oratie Leiden 2004, *Ondernemingsrecht* 2005/1, nr. 2, p. 4.

136 A.w., p. 5, met verwijzing in noot 25 naar een onderscheid in de Amerikaanse doctrine tussen 'rules', die ex ante werken, en 'standards', die ex post werken en tussenkomst van de rechter vereisen.

Één van de tendensen in het Nederlandse vermogensrecht die zijn belichaamd in het BW van 1992 is de verruiming van de derdenbescherming. De bescherming van de verkrijger tegen een gebrek in de beschikingsbevoegdheid van de vervreemder en tegen onvolledigheid of onjuistheid van de openbare registers met betrekking tot een registergoed behoort in theorie tot de wettelijke mechanismen die een tegenwicht kunnen bieden voor exotische aanvullingen of beperkingen op de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Men denke aan het beding dat de vruchtgebruiker van een auto verplicht om op zondag niet te rijden, en het beding dat de erfpachter of een appartementsgerechtigde verplicht te vlaggen op Koninginnedag. In de meeste gevallen zal de relevantie van de derdenbeschermingsbepalingen voor de bescherming van verkrijgers van die rechten echter gering zijn.

Het stelsel van registerbescherming, dat is neergelegd in art. 3:24-26 BW, is gebaseerd op het uitgangspunt dat de verkrijger niet wordt beschermd tegen alles wat wel voor hem kenbaar is uit de openbare registers. In art. 3:23 BW is uitdrukkelijk bepaald dat het beroep op goede trouw van een verkrijger van een registergoed niet wordt aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Al verschillende keren is aan de orde geweest dat de verkrijger hierbij in de goede richting wordt geduwd door het dwingendrechtelijke voorschrift in art. 24 Kadasterwet om elk door middel van een notariële akte te vestigen beperkte recht of kwalitatieve verplichting als zodanig duidelijk met name te vermelden. Toch betekenen deze bepalingen nog niet dat de derdenbescherming werkelijk een tegenwicht zou kunnen bieden tegen excessen bij versoepeling of afschaffing van de *numerus clausus*. Alles wat met betrekking tot een registergoed als onderdeel van een goederenrechtelijk recht ingeschreven is, wordt bekend verondersteld en is dus bindend voor de rechtsverkrijger. Alleen indien aan art. 3:23 BW een vrije, 'innovatieve' draai zou worden gegeven, kunnen in de registerbescherming werkelijk checks en balances besloten liggen. Er zou een uitlegvermoeden moeten ontstaan dat in beginsel alleen gebondenheid bestaat voor zover het gaat om 'normale' bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een registergoed, die behoren tot een van de standaardpakketten die in het rechtsverkeer tot ontwikkeling zijn gekomen, al dan niet binnen een generiek in de wet verwoord type. Alleen dergelijke normale bevoegdheden behoeven redelijkerwijs in het register te worden verwacht. Vreemde bedingen als onderdeel van een wettelijk type goederenrechtelijk recht zouden dan in be-

paalde gevallen niet bindend hoeven zijn voor rechtsverkrijgers, ook al maken ze onderdeel uit van enige in de openbare registers ingeschreven akte, aangezien ze door een gewone raadpleging van de openbare registers niet 'behoorlijk' zijn te onderkennen.<sup>137</sup> Een dergelijke benadering maakt thans nog geen deel uit van het Nederlandse vermogensrecht.

De bescherming krachtens art. 3:86 BW van een verkrijger van een recht op een roerende zaak is minder beperkt: ten aanzien van merkwaaardige onderdelen van een beperkt recht zal eerder sprake zijn van goede trouw. Het gaat dan om de verkrijger van een beperkt recht dat mede een bijzondere verplichting op de beperkt gerechtigde legt, of om de verkrijger van een bezwaard moederrecht, dat een bijzondere verplichting op de moedergerechtigde legt. Denkbaar is dat een dergelijke verplichting wordt gezien als een bijzondere belasting die een beperking van de beschikkingsbevoegdheid oplevert waartegen de verkrijger wordt beschermd. Deze benadering vergt wel een heel ruime uitleg van het begrip beschikkingsbevoegdheid op de grond dat de verkoper een minder 'vol' recht levert dan de koper verwacht te krijgen. Juridisch-technisch is verder niet heel duidelijk of de derdenbescherming ertoe kan leiden dat het recht partieel overgaat, bijvoorbeeld het gehele beperkte recht of het bezwaarde moederrecht maar zonder de bijzondere verplichting. In sommige gevallen zou een dergelijke aanwas waarschijnlijk de aard van het verkregen recht aanzienlijk veranderen.

Hiermee is voldoende duidelijk geworden dat in het uitgebouwde stelsel van derdenbescherming geen correctiemechanisme besloten ligt ter vermindering van de last die een goederenrechtelijk recht in het maatschappelijk verkeer kan gaan betekenen.

### 9.3.5 Evaluatie

De uitbouw van het *imprévision*-instrument in het goederenrecht en overigens de meer geprononceerde rol voor de redelijkheid en billijkheid, ten dele via het leerstuk misbruik van bevoegdheid, zijn vermogensrechtelijke tendensen die consequenties kunnen hebben voor de rol van de *numerus clausus*.<sup>138</sup> Het gaat om instrumenten die de rechter kan gebrui-

---

137 Een opstapje voor een dergelijke benadering ligt besloten in MvT over art. 24 lid 4 (d.d. 9 juli 1982), PG Kadasterwet, p. 142, waar is gerefereerd aan de "gedachte als tot uiting is gebracht aan het slot van artikel 3:23 nieuw BW, waar er vanuit wordt gegaan dat inschrijving van feiten slechts relevant is, voor zover zij door raadpleging van de registers behoorlijk zijn te onderkennen."

138 Vgl. de ontwikkelingen in het Duitse recht die zijn beschreven in § 3.5.2.2, door Wiegand samengevat als "die Verschuldrechtlichung und die Materialisierung des

ken om de scherpe kantjes af te vijlen van beperkte goederenrechtelijke rechten die door hun inhoud en hun duur een disproportionele last zijn geworden. De derdenwerking van goederenrechtelijke rechten speelt hierbij een grote rol, want daardoor worden rechten en plichten met betrekking tot een goed tegenwerpelijk aan partijen die die rechten en verplichtingen niet zelf in het leven hebben geroepen. Zelfs een klassieke verplichting krachtens een erfdiensbaarheid zoals het dulden van overpad, bijvoorbeeld voor het uitrijden van mest, kan op termijn een zware last worden, bijvoorbeeld wanneer het dienende erf het voorplein wordt van een hoog college van staat, georneerd met standbeelden van grootheden uit het nationale verleden. Naarmate een goederenrechtelijk recht voor langere tijd is gevestigd en de bron voor rechten en verplichtingen blijft vormen, is het risico groter dat deze verplichtingen een disproportionele belemmering gaan vormen in het maatschappelijke verkeer en een rem op de verhandelbaarheid van goederen. Ook binnen de strikte kaders van de *numerus clausus* kan het voorkomen dat een goederenrechtelijk recht tot een vorm van ingrijpen noopt. Het *imprévision*-instrument en de redelijkheid en billijkheid creëren *checks and balances* die effectief worden nadat een goederenrechtelijk recht is gevestigd. Daarmee vormen deze fijnmazige instrumenten een nuttige aanvulling op de *numerus clausus*. Binnen het gesloten systeem is zo meer ruimte ontstaan voor maatwerk, niet alleen in de fase van vestiging, maar ook later.

Strikt genomen zouden de tendensen de *numerus clausus* ongemoeid kunnen laten, want de nieuwe *checks and balances* zouden niet meer behoeven te zijn dan een aanvulling op de *numerus clausus*. Zoals al bleek uit het citaat aan het begin van deze paragraaf uit de interventie van W. Snijders in 1990, zijn de *imprévision*-bepalingen en de redelijkheid en billijkheid echter ten dele in de plaats van de *numerus clausus* gekomen: hij spreekt van een 'verschuiving' van de zeef, wat impliceert dat de rol van de *numerus clausus* is verminderd.<sup>139</sup> Inderdaad vermeldt hij de verruiming van de regimes voor verschillende goederenrechtelijke rechten, met een halfopen stelsel tot gevolg. Hieraan kan worden toegevoegd de in de algemene opmerkingen vermelde mogelijkheid om aanvullende bevoegd-

---

Sachenrechts". Vgl. ook de revolutionair vernieuwde Amerikaanse *restatement in-zake servitudes*, zoals kort uiteengezet in noten bij § 5.3.

139 V. Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen?, TPR 2005, p. 1056, nr. 75 (en 97): "in plaats van een centrifugaal model, waarbij de beperkingen worden opgelegd op het niveau van de afsplitsing van het eigendomsrecht, zou een centripetaal model, waarbij afsplitsingen terug bij het eigendomsrecht worden gevoegd op het ogenblik dat ze economisch schadelijk zouden worden [moeten worden gebruikt]. Met andere woorden: de *ex ante* benadering wordt een *ex post* benadering."



heden en verplichtingen tot onderdeel van een goederenrechtelijk recht te maken, zoals geanalyseerd in hoofdstuk 6. De nieuwe checks and balances vormen dus een communicerend vat met de verruimde wettelijke kaders voor de vestiging van beperkte rechten.

In de goederenrechtelijke doctrine wordt inmiddels steeds vaker gerefererd aan de nieuwe instrumenten. Het bestaan van deze checks and balances blijkt te gaan functioneren als argument voor verdere verruiming van het stelsel van goederenrechtelijke rechten. Bijvoorbeeld Heyman heeft in overweging gegeven over te gaan tot erkenning van de mogelijkheid om positieve verplichtingen aan onroerend goed te verbinden. Daarbij erkent hij de nadelen van een plicht *in faciendo*, maar ziet hij verschillende correctiemogelijkheden:

"Het lijkt mij dat een vorm te bedenken moet zijn die tegemoet komt aan de vraag van de praktijk en die tegelijk met voldoende waarborgen is omgeven om quasi horigheden te voorkomen. Gedacht kan worden aan beperking in de tijd, de mogelijkheid van herziening en opheffing door de rechter (vgl. art. 6.258) en beperking tot bepaalde soorten of vormen van positieve verplichtingen bijv. tot die welke een duidelijk verband houden met gebruik, onderhoud en dienstverlening van een bepaald bouwcomplex"<sup>140</sup>

Heyman noemt dus naast het voldoende verbandvereiste zowel het instrument van een duurbepanking als het instrument van een *imprévision*-bepaling.

De mogelijkheid van herziening en opheffing door een rechter speelt ook een belangrijke rol in het voorstel van Aertsen om over te gaan tot erkenning van de trust in het Nederlandse recht als nieuw type goederenrechtelijk recht. Één van de bezwaren tegen de trust is de beperking van de bevoegdheid van de trustee om over zijn trustgoederen te beschikken door middel van doelbeperkingen in de vestigingsakte voor de trust. Voor het geval dat goederen hierdoor in feite buiten de handel geraken en dood kapitaal dreigt te ontstaan, zou de rechter de mogelijkheid moeten krijgen om de trustakte aan te passen, ofwel wat betreft de bestemming van de trust, ofwel wat betreft de gestipuleerde beperkingen op de beschikkingsbevoegdheid van de trustee.<sup>141</sup>

140 H.W. Heyman, Blaauboer/Berlips, Rechtspraak klassiek, NTBR 2002/7, p. 298-307 op p. 305, § 6. Het is merkwaardig dat Heyman art. 6.258 BW noemt en niet de goederenrechtelijke *imprévision*-bepalingen. Kennelijk zou hij de gewenste verplichtingen in *faciendo* plaatsen in de categorie van de kwalitatieve verplichtingen.

141 D.W. Aertsen, De Trust, diss. Nijmegen, 2004, m.n. § 5.7, waar ook wordt gewezen op de reeds in het Nederlandse recht bestaande bepaling in art. 2.294 BW, dat de rechter in bijzondere omstandigheden in staat stelt de statuten van een stichting te

In een iets verder verwijderd verband staat het voorstel van Van den Heuvel in het kader van het zekerhedenrecht. Zij constateert dat het zekerhedenrecht thans de mogelijkheid biedt om vrijwel zonder beperkingen generieke, alomvattende zekerheidsrechten te vestigen en dat daardoor de onderlinge verhoudingen van de schuldeisers van de zekerheidsgever worden verstoord. Zij zoekt 'compensatie' voor de versterking van de positie van zekerheidsgerechtigden niet in de vorm van beperkingen in de goederenrechtelijke sfeer ten aanzien van de vestiging of het voortbestaan van het zekerheidsrecht, maar in de vorm van aangescherpte zorgplichten en een verzwaarde impact van de redelijkheid en billijkheid.<sup>142</sup> Impliciet hierin is de afbraak van een deel van de *numerus clausus*, want zij veronderstelt - op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad terecht - dat het bepaaldheidsvereiste geen rem is op de vestiging van goederenrechtelijke zekerheid.<sup>143</sup> De verbintenisrechtelijke correctiemechanismen vullen derhalve een bres die in de *numerus clausus* is geslagen.<sup>144</sup>

Deze voorstellen passen in de trend om de 'speelruimte' binnen de *numerus clausus* te vergroten, overigens zonder de *numerus clausus* als zodanig geheel op te geven, en de belangrijkste correctiemechanismen te zoeken in *imprévision*-bepalingen en de redelijkheid en billijkheid. Er is een duidelijke rechtvaardiging voor de verschuiving van de correctiemechanismen: volgens Snijders worden de correcties aangebracht in "een la-

---

wijzigen, en de bepaling in art. 2:301 BW, dat de rechter in staat stelt om een stichting te ontbinden.

142 N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, diss. Tilburg, 2004.

143 Naar mijn mening is met HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.nt. WMK (Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.) een ontwikkeling ingezet die uiteindelijk heeft geleid tot afschaffing van het bepaaldheidsvereiste voor de vestiging van zekerheden op roerende zaken en vorderingsrechten. Zie nader mijn bijdrage, *De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste*, WPNR 6366 (1999), p. 577-582. Naar mijn mening is pas met HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 m.nt. WMK, JOR 2002/211 (Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn) vast komen te staan dat het bepaaldheidsvereiste niet langer verenigbaar is met het door de HR gecreëerde recht. In hoofdstuk 3 is gebleken dat het bepaaldheidsvereiste in dogmatisch opzicht is terug te voeren op het zaaksbegrip uit de pandekstistiek.

144 Vermelding verdient nog dat de Hoge Raad, door in feite het bepaaldheidsvereiste af te schaffen, gestalte heeft gegeven aan een bepaling in het Ontwerp van Meijers, die door de wetgever is geschrapt. In TM (PG 3, p. 802) bij ontwerp-art. 3.9.3.1, dat een registerpandrecht beoogde in te voeren, is uitdrukkelijk vermeld dat dit registerpandrecht ook alle toekomstige inventaris van een handelszaak zou omvatten, zodat niet steeds opnieuw een pandrecht behoefde te worden gevestigd. Zie ook Meijers in *Handelingen II* (2846) (d.d. 5 juni 1953), PG 3, p. 706. Aangezien de wetgever niet van het registerpandrecht heeft willen weten, is het op basis van de parlementaire geschiedenis opmerkelijk dat de Hoge Raad toch tot versoepeling van het bepaaldheidsvereiste is overgegaan.

tere fase waar beter kan worden overzien wat nu precies maatschappelijk onwenselijk is" <sup>145</sup> Voor genuanceerder, fijnmaziger recht, dat meer rekening houdt met de specifieke omstandigheden van een geval, is uiteraard veel te zeggen

Er zitten echter ook keerzijden aan deze tendens. Ten eerste wordt de problematiek op deze manier benaderd vanuit de rechtsvorming: de wetgever mandateert de rechter om van geval tot geval gestalte te gaan geven aan de beperkingen die in het maatschappelijk verkeer wenselijk blijken voor de mogelijkheden voor partijen om de duur en de inhoud van door hen te vestigen goederenrechtelijke rechten te bepalen. In de rechtspraktijk, zeker in het handelsverkeer, wordt echter grote waarde gehecht aan de voorspelbaarheid van het recht. De zekerheid dat een bepaald recht gehandhaafd zal worden wanneer het voldoet aan de 'harde' wettelijke regels voor de vestiging van beperkte rechten en hun inhoud, is in veel gevallen belangrijker dan een verruiming van de mogelijkheden om maatschappelijk wellicht niet onwenselijke bevoegdheden of verplichtingen in de vorm van een goederenrechtelijk recht te gieten. Een *numerus clausus* is bedoeld om juist deze vorm van rechtszekerheid te bieden. Versoepeling van de *numerus clausus* in verband met een verschuiving van de *checks and balances* naar de uitvoeringsfase, en dan in de vorm van open normen, vormt vermoedelijk een grotere belemmering voor het handelsverkeer in bepaalde sectoren dan de restricties op creatieve vormgeving van de inhoud van goederenrechtelijke rechten, ook wanneer deze restricties in sommige gevallen in de weg staan aan maatschappelijk wenselijke constructies van goederenrechtelijke aard.

Dezelfde keerzijde kleeft ook aan de tendens tot relativering, waarin de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van een wederpartij en de evenredigheid van de wederzijds betrokken belangen bepalend zijn voor de uitoefening van het eigen recht. Dit bezwaar is in het goederenrecht pregnanter dan in het overeenkomstenrecht, aangezien de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten juist betekent dat bij de vestiging niet valt in te zien wie op een later moment de wederpartij zal zijn. Wanneer een overeenkomst wordt aangegaan, zal de wederpartij daaraan gebonden blijven en zal de overeenkomst bepalend blijven voor de contractuele ver-

---

145 W. Snijders, *De toekomst van de eigendom* (Schoordijkbundel), 1991, p. 254. Zie ook p. 256: bedoeld is te voorkomen dat de uitbreiding van de mogelijkheden om grond te belasten tot overbelasting van de grond leidt: wordt niet bereikt door het vestigen van lasten te verbieden of te beperken, maar op soepeler wijze, nl. door ze op te heffen of tot aanvaardbare proporties terug te brengen naar mate daaraan een concrete behoefte bestaat.

plichtingen, ook wanneer de wederpartij overgaat tot cessie van een deel van de rechten die uit de overeenkomst voortvloeien. De overdraagbaarheid van goederenrechtelijke rechten brengt daarentegen mee dat een goederenrechtelijke rechtsverhouding kan ontstaan jegens een ander dan de wederpartij bij de vestiging van dat recht, zodra het gaat overgaan naar die ander. Naarmate de omstandigheden van die wederpartij, in verband met de redelijkheid en billijkheid, van grotere invloed worden op de bevoegdheid om tot uitoefening van het goederenrechtelijke recht over te gaan, is de rechtszekerheid meer in het geding. Meer relatief is minder absoluut. De relativeringstendens doet afbreuk aan de goederenrechtelijke aard van beperkte rechten.

De tweede keerzijde houdt met de eerste verband: de handhaafbaarheid van goederenrechtelijke rechten wordt meer afhankelijk van de discretie van een rechter. Een beoordeling van de maatschappelijke wenselijkheid en de omstandigheden van het geval is nooit volledig objectief.

Hierbij komt ten derde het andersoortige bezwaar dat de tendensen kunnen leiden tot een veelvuldiger appel op de rechter. De 'nieuwe' benadering in het goederenrecht zal dus waarschijnlijk leiden tot grotere belasting van het rechterlijk apparaat.

Een vierde keerzijde van de tendens, meer eigenlijk een opdracht aan de juridische wetenschap, is dat het nieuwe goederenrechtelijke instrumentarium noodzaakt tot de ontwikkeling van richtsnoeren en gevalstypen voor de uitoefening van de verruimde opheffings- en wijzigingsbevoegdheden. Het valt te voorzien dat deze vernieuwde en verruimde instrumenten in de toekomst een steeds grotere rol gaan spelen; de impact van de goederenrechtelijke *imprévision*-bepalingen zal zich, gezien de daarin gestelde termijnen en de overgangsrechtelijke voorwaarden, pas later echt doen gevoelen.<sup>146</sup> Het valt te voorspellen dat er in de rechtspraktijk een behoefte zal ontstaan aan topische vuistregels op basis van gevalsvergelijkingen, zodat houvast wordt geboden voor beantwoording van de vraag in welke omstandigheden wijziging of opheffing aan de orde kan zijn.

De toekomst van de *numerus clausus* is mede afhankelijk geworden van het gewicht dat zal worden toegekend aan de *imprévision*-instrumenten en aan de redelijkheid en billijkheid. Naarmate de nieuwe checks and

---

146 Zie art. 165 Overgangswet, dat opheffing slechts mogelijk maakt voor erfdiensbaarden die na 1 januari 1992 zijn gevestigd, en wijziging slechts op grond van onvoorziene omstandigheden die van na deze datum dateren. Uit HR 2 december 2005, AU2397 (WE Vastgoed), valt af te leiden dat onvoorziene omstandigheden ook niet via de weg uitleg van een akte van erfdiensbaarheid een rol mogen spelen.

balances een grotere rol krijgen, wordt de kans groter dat wordt aangestuurd op verdere versoepeling van de numerus clausus of zelfs algehele afschaffing. Het gevaar bestaat dat de ontwikkeling doorschiet in een overmaat van vrijheid in de fase van vestiging van goederenrechtelijke rechten; met goede airbags gaat men immers harder rijden.

Naar mijn mening blijft er in het Nederlandse vermogensrecht een rol weggelegd voor de numerus clausus. Het nieuwe instrumentarium vormt een nuttige aanvulling, omdat het checks en balances creëert in de fase van uitoefening van goederenrechtelijke rechten. Gezien de keerzijden kan het nieuwe instrumentarium echter geen vervanging zijn voor de numerus clausus. Dit standpunt houdt verband met mijn visie op de rol van de numerus clausus en de taak van de wetgever. Het is tijd voor de eindbeoordeling van de numerus clausus.

## **9.4 Eindbeoordeling van de numerus clausus**

Een beoordeling van de numerus clausus voert in § 9.4.1 langs de rechtspolitieke en beleidsmatige achtergronden van de keuze voor een numerus clausus in het goederenrecht. Zonder inzicht in de ratio van de numerus clausus kan het dogma niet op waarde worden geschat. Uiteindelijk gaat het echter om de verhouding tussen de wetgever en de rechtspraktijk bij de ontwikkeling van het goederenrecht; de evaluatie van de rol van de numerus clausus in het goederenrecht mondt uit, in § 9.4.2, in een keuze voor of tegen het primaat van de wetgever. Mijn keuze: vóór. Dan valt echter niet te ontkomen aan de vraag of de rechtsontwikkeling in het goederenrecht geheel is onttrokken aan de rechtspraktijk, in § 9.4.3, en aan het verwijt van legisme, dat in § 9.4.4 positief zal worden gewaardeerd.

### *9.4.1 Rechtspolitieke en beleidsmatige achtergronden*

Voor de beoordeling van de opportuniteit van de numerus clausus is het essentieel om allereerst de rechtspolitieke en beleidsmatige achtergronden ervan in herinnering te brengen, door synthese van een aantal bevindingen van het onderzoek naar de rechtshistorische herkomst van de numerus clausus in hoofdstuk 3 en van de analyse van de ratio van de numerus clausus in hoofdstuk 5. Het zijn er drie.

#### **9.4.1.1 Bescherming van vrijheden: de ethische dimensie**

De rechtspolitieke achtergrond van de numerus clausus is allereerst de afschaffing na de Franse revolutie van de leenrechtelijke verhoudingen die

de samenleving in de continentaal Europese landen eeuwenlang gekenmerkt hadden. De Franse wetgever heeft bij de invoering van de Code civil uitdrukkelijk beoogd de maatschappij en het rechtsverkeer te bevrijden van feodale lasten. De afschaffing van de feodaliteit en de nieuwe geopolitieke verhoudingen hebben vervolgens ook in Duitsland mede de vorming van een eenheidsstaat met een daarbij behorend wetboek tot gevolg gehad. De rechtspolitieke keuze tegen de feodaliteit betrof vooral de persoonlijke servituten, die een persoon in zijn hoedanigheid als huurder, pachter, of beperkt gerechtigde tot een goed verplichtten tot een handelen van een of andere aard of tot het doen van betalingen van een of andere aard ten behoeve van een leenheer.<sup>147</sup>

Het verzet tegen het feodale rechtsregime als zodanig is achterhaald. Achter dit verzet gaan echter de algemene noties van de fundamentele vrijheden van de mens schuil, zoals die destijds in de Franse revolutionaire leuzen doorklonken en inmiddels in grondwetten en verdragen zijn vastgelegd.<sup>148</sup> In Frankrijk heeft de Conseil Constitutionnel in 1982 geoordeeld dat de eigendom onverminderd verband houdt met de grondrechten:

"Si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution, caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique"<sup>149</sup>

147 Zie § 3.5.3.1

148 Zie met name de artikelen 1, 2 en 17 van de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, geproclameerd op 26 augustus 1789, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948), art. 17 lid 1, het EVRM, Eerste Protocol, art. 1 (1952) In de Nederlandse Grondwet van 1983 is geen grondrecht op eigendom opgenomen, wel biedt art. 14 grondwettelijke bescherming in geval van onteigening

149 Conseil Constitutionnel 16 janvier 1982, D. 1983, 169, JCP 1982, II, 19788, F. Terré en Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11<sup>e</sup> druk 2000, no. 1 Uit dit arrest blijkt dat de proclamatie van het eigendomsrecht als een 'droit inviolable et sacré' vooral moet worden verstaan als een waarborg tegen onteigening zonder schadeloosstelling, veel meer dan een aanzet tot verabsolutering van het eigendomsrecht is het in wezen een uitdrukking van het rechtsstaatbeginsel. Zie nader Van den Bergh, Eigendom, 2<sup>e</sup> druk 1988, p. 2 en 51-53. Vgl. Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde Deel, 1871, p. 283, vgl. ook het door Opzoomer op p. 447 weergegeven citaat van Geelhand della Faille, ten aanzien van het recht van opstal en de tiendrechten

Deze analyse doet evenzeer opgeld voor het Nederlandse vermogensrecht. Sinds enige decennia is ook in bredere zin sprake van constitutionalisering van het vermogensrecht.<sup>150</sup> Hiermee wordt vooral bedoeld op de beperkingen die vanwege de grondrechten gelden op de uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden langs privaatrechtelijke weg. Het gaat dan met name om het onteigeningsrecht, het recht inzake openbare welstand en meer algemeen het bestuursrecht.

De grondrechten vertalen zich vroeg of laat ook in de vormgeving van goederenrechtelijke rechten en de daarop toepasselijke regels. In het goederenrecht zijn overwegingen van dergelijke aard vooral van belang voor de bescherming van de eigendom en voor de dwingende beperkingen voor de stedelijke erfpacht. Ook is het Eerste Protocol bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens door een leverancier onder eigendomsvoorbehoud in stelling gebracht - overigens tevergeefs - tegen het bodemrecht van de Nederlandse fiscus.<sup>151</sup> De ethische grondslag voor de keuze die vooral tegen de feodaliteit was gericht, heeft derhalve nieuwe actualiteit verkregen.

Ook afgezien van de grondrechten geldt meer in het algemeen dat de numerus clausus een weerslag is van rechtspolitieke keuzen. Wetgeving en ook rechtspraak zijn een rechtspolitiek proces van belangenafweging. De numerus clausus belichaamt de verschillende typen goederenrechtelijke rechten die maatschappelijk wenselijk en nuttig worden geacht en verbant de onwenselijke typen uit het rechtsverkeer. Ook veel regels van goederenrecht strekken tot bescherming van bepaalde typen partijen en belanghebbenden. In hoofdstuk 7 is bijvoorbeeld duidelijk geworden dat het fiduciaverbod er onder meer toe strekt om overbedeling te voorkomen en zo bescherming te verlenen aan de partij die zijn recht geheel of ten dele prijsgeeft. Achter de regels die de inhoud van de typen goederenrechtelijke rechten bepalen, evenals de wijzen van vestiging en tenietgaan ervan,

- 
- 150 Zie o.a. R.D. Vriesendorp, *RM Themis* 1990, p. 13-29; W. Snijders, *De toekomst van de eigendom*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), 1991, p. 259-264; J.H. Nieuwenhuis, *De constitutie van het burgerlijk recht*, *RM Themis* 2000/6, p. 206 e.v.; S.K. Martens, *afscheidsrede*, *NJB* 2000, p. 747 e.v.; de verschillende bijdragen in *The right to property - The consequences of Article 1 Protocol No. 1 ECHR for several fields of domestic law*, J.P. Loof, H. Ploeger en A. van der Steur (eds.), *Meijers Reeks* deel 24, 2000, en H.D. Ploeger, *WPNR* 6419 (2000), p. 687-695; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, *preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 2005, met verdere verwijzingen.
- 151 ECtHR 23 februari 1995, *Series A*, vol. 306-B (Gastus/Nederland). Vgl. ook HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.ntn TK en EAA, inzake de intrekking van zgn. varkensrechten.

gaan belangenafwegingen schuil.<sup>152</sup> De *numerus clausus* heeft aldus een ethische dimensie die onverminderd relevant is.

#### 9.4.1.2 Bevordering van de handel: de economische dimensie

Naast de ethische overwegingen lag ook een economisch motief ten grondslag aan de afschaffing van het feodale recht. De feodale rechten vormden door hun complexiteit en hun ondoorzichtigheid een belemmering voor het rechtsverkeer; niet slechts door allerlei bijzondere beperkingen van de overdraagbaarheid van goederen, maar ook door de rechtsonzekerheid over de aard van de specifieke rechten waren veel goederen niet of nauwelijks verhandelbaar. De economische ontwikkeling werd hierdoor ernstig gehinderd.

Met standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten en hun overdraagbaarheid door middel van een wettelijke *numerus clausus* werd het vrije verkeer in goederen bevorderd. De vergroting van de verhandelbaarheid van goederen vormde uiteindelijk zowel in Frankrijk als in Duitsland de belangrijkste drijfveer voor invoering van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.<sup>153</sup>

De bevordering van het handelsverkeer in het algemeen en de verhandelbaarheid van goederen in het bijzonder vormen sindsdien ook in Nederland nog steeds één van de belangrijkste doelen van het vermogensrecht.<sup>154</sup> Niet alleen de regels ten aanzien van de vestiging van beperkte rechten, maar bovenal de in hoofdstuk 7 beschreven regels inzake de splitsing van recht en belang en inzake de afsplitsing en verzelfstandiging van bevoegdheden strekken ertoe fragmentatie van rechten te voorkomen. Met de kanalisatie van fragmentatie van rechten wordt de verhan-

152 Zie over de sociale motieven van Meijers en de weerslag in het BW C J H Jansen, *De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het burgerlijk wetboek*, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 3-26, m n § 5

153 Zie § 3.5.3.1, slot

154 Aldus uitdrukkelijk W. Snijders, 2002, § 7, p. 41, met verwijzing naar jurisprudentie inzake ongeoorloofde mededinging, m n HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 m nt PhANH, HR 17 juni 1986, NJ 1987, 191 m nt vNH (Holland Nautic/Deca), die repen van het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf, en HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS/KNVB), r o 5.1 en 5.2, in het kader van zogenaamde uitzendrechten, waar "een zekere bescherming" wordt geboden "op het gebied van handel en nijverheid". Het laatste arrest is mede door Snijders gewezen. Vgl. verder AG Huydecoper, § 6 van zijn conclusie voor HR 28 juni 2002, AE1531, en in het kader van reclame-uitingen § 13 van zijn conclusie voor HR 12 maart 2004, AN8483, RvdW 46



delbaarheid ervan bevorderd. Ook deze beleidsmatige achtergrond van de *numerus clausus* is derhalve onverminderd actueel en relevant.<sup>155</sup>

Waar deze overweging lange tijd vooral berustte op aannames en common sense, is inmiddels ook de rechtseconomische onderbouwing verbeterd.<sup>156</sup> De *numerus clausus* (*Typenzwang*) betekent standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten. Standaardisatie betekent dat standaardtypen worden ontwikkeld, met een vast pakket aan bevoegdheden en plichten (*Typenfixierung*). Uit de rechtseconomische analyses komt naar voren dat standaardisatie veel voordelen heeft voor de kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten. Standaardisatie betekent meer en betere publiciteit in het goederenrecht. Het gevolg is niet alleen dat rechten door de vergrote kenbaarheid beter door niet-rechthebbers gerespecteerd kunnen worden, maar ook dat bij de verkrijging ervan minder transactiekosten worden gemaakt doordat minder onderzoek naar aard en inhoud van de gestandaardiseerde typen recht behoeft te worden gedaan. Hier komt nog bij dat de erkenning van een recht als goederenrechtelijk recht grootschaliger gebruik van dat recht in het maatschappelijk verkeer uitlokt.<sup>157</sup>

Standaardisatie staat echter niet gelijk aan *numerus clausus*; het is slechts een beoogd gevolg van de *numerus clausus*. Ook zonder een *numerus clausus* kunnen in de rechtspraktijk standaardtypen ontstaan. De rechtseconomische analyses suggereren dat in het recht standaardtypen zullen ontstaan wanneer deze beantwoorden aan behoeften in het maatschappelijk verkeer. Beoogt de wetgever alleen een mate van standaardisatie te bereiken, dan moet niet worden uitgesloten dat juist de *Gestaltungsfreiheit*<sup>158</sup> in de praktijk verstandig wordt gebruikt en dat vanzelf standaardtypen boven komen drijven waar deze voorzien in een prakti-

155 Vgl. J.B. Vegter, *The distinction between true leases and secured transactions under the UCC*, in: Molengrafica 1994, op p. 186. "The so-called *numerus clausus* of property interests in civil law was not developed to guarantee that there could never be other property interests than those existing at a particular moment in a particular jurisdiction. The choice for the *numerus clausus* principle neither concerns the actual content of the existing property interests, nor dictates a fixed unchangeable amount of them. The effect of the *numerus clausus* means that it is acknowledged in civil law, as it is under the UCC, that in the interest of the free flow of goods there must be a certain order concerning real rights to enable commercial reality to continue."

156 Zie nader § 5.4.

157 Zie uitvoerig de analyse van de ideeën van Hansmann en Kraakman in § 5.4.5.

158 Met het Duitse begrip *Gestaltungsfreiheit* wordt hier bedoeld op de vrijheid van partijen om zelf de inhoud van het door hen te verlenen subjectieve recht vorm te geven. *Gestaltungsfreiheit* in het goederenrecht staat dus gelijk aan partijautonomie bij de vormgeving van goederenrechtelijke rechten.

sche behoefte. Vooral in het handelsverkeer en het financiële verkeer zijn sommige delen van het overeenkomstenrecht sterk gestandaardiseerd door middel van standaardvoorwaarden en andere private regelgeving, soms internationaal van aard. Dit geldt bijvoorbeeld voor ruilcontracten in bijvoorbeeld valuta, die als *swaps* evenals andere derivaten in zeer sterke mate gestandaardiseerd zijn.

Spontane standaardisatie veronderstelt echter wel dat de belangen van alle betrokkenen gelijk lopen. Voor zover het economische krachtenveld ontbreekt, of er geen sprake is van evenwicht tussen de betrokkenen, of algemene politieke doeleinden verwezenlijkt moeten worden, is er echter wel een taak weggelegd voor de wetgever ten behoeve van de standaardisatie van vermogensrechten. Naar mate vermogensrechten gezien hun tegenwerpelijke aan derden een grotere impact hebben op de verhoudingen in het rechtsverkeer, zoals bij de goederenrechtelijke rechten, bestaat meer noodzaak voor de wetgever om het voortouw te nemen door middel van een *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten.

Volgens de analyse van de rechtseconomen Hansmann en Kraakman geldt altijd dat het resultaat van standaardisatie van een bepaald recht door er een goederenrechtelijke jasje aan te geven, in het belang is van sommige partijen en in het nadeel van de rest van de maatschappij:

"The choice of a property rights regime must be made socially, prior to the point at which persons interact. It is not a choice that can be left to the decisions of individual actors pursuing individual transactions – or, as it might be put, left to the market. This means that there is no invisible hand to assure that the most efficient property rights regime will be adopted. Adoption of a legal regime that facilitates the recognition of a new class of property rights will generally involve a shift in wealth toward the users of those rights and away from nonusers of the rights and from society at large (or from whoever bears the system costs for the new rights). Legal reforms that promote new property rights, or abolish old ones, are therefore likely to be influenced strongly by the relative influence of different interest groups."<sup>159</sup>

Het motief van standaardisatie ter bevordering van het handelsverkeer staat in verband met de ethische dimensie van de *numerus clausus* als belichaming van rechtspolitieke keuzen van de wetgever voor de inrichting van de maatschappij.

---

159 Hansmann en Kraakman, *Property, Contract, and Verification The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, *Journal of Legal Studies* 31 (2002) 2, p. 373-420, § IX ("the major classes of divided property rights"), p. 402. Zie over de uitgangspunten in deze passage nader § 5.4.5.

### 9.4.1.3 Wetgevingstechniek: de organisatorische dimensie

In § 5.5 is uiteengezet dat de numerus clausus-regel in het systeem van het vermogensrecht een belangrijke organisatorische functie vervult: de limitatieve opsomming van de zakelijke rechten schept de voorwaarden voor toepasselijkheid van de regels van het goederenrecht. Deze regels zijn van toepassing steeds als sprake is van een subjectief recht dat voldoet aan de kenmerken van een tot de numerus clausus behorend goederenrechtelijk recht. De numerus clausus fungeert dan als privilegerend entreebewijs voor de wereld van het goederenrecht; privilegerend, omdat dat subjectieve recht aan het goederenrecht werking jegens derden ontleent. Tegelijkertijd met die lusten voor de rechthebbende komen echter ook de lasten; voor de overgang van een tot de numerus clausus behorend recht dienen de bijzondere wettelijke waarborgen in acht te worden genomen.

Dit organisatorische aspect van numerus clausus is, in de woorden van Rank-Berenschot, een kwestie van wetgevingseconomie, didactiek en rechtszekerheid.<sup>160</sup> Zou de numerus clausus van goederenrechtelijke rechten niet bestaan, dan ontstaat de noodzaak om duidelijke criteria te hebben ter vaststelling van wat een goederenrechtelijk recht is. De numerus clausus maakt het mogelijk om genoeg te nemen met een gebrekkige definiëring van het begrip goederenrechtelijk recht met behulp van een normaaltype. Zoals Meijers onder woorden heeft gebracht, rijzen zonder de numerus clausus allerlei problemen omtrent nieuwe buitenwettelijke zakelijke rechten, zoals de inschrijvingsmogelijkheden en -vereisten, de wijzen van tenietgaan, de vatbaarheid voor beslag en de kwalificatie roerend of onroerend.<sup>161</sup> Er ontbreekt in de wet immers een algemeen regime van formaliteiten voor de levering van goederen.<sup>162</sup> Daarom is in lid 3 van art. 3:83 BW bepaald dat rechten alleen overdraagbaar zijn voor zover de wet in overdraagbaarheid en daarmee in een wijze van levering van dat recht voorziet.<sup>163</sup>

De numerus clausus, die niet alleen de typen van goederenrechtelijke rechten maar ook de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies omvat, biedt 'oriënteringszekerheden' in het rechtsverkeer. Dit is in het goederenrecht van groot belang, omdat het gaat om rechten op goederen en niet om rechten jegens contractuele wederpartijen. Bij rechten op goederen zijn

---

160 Rank-Berenschot, diss., p. 335, geciteerd in § 5.5.

161 Meijers, RM 1907, herdrukt in VPO 2, p. 24.

162 Zie reeds § 2.2.1, waar is gebleken dat de wetgever de invoering van een algemeen deel van het goederenrecht overbodig achtte in verband met het gesloten systeem van het goederenrecht.

163 Zie uitvoerig § 5.5.

altijd derden betrokken, niet alleen passanten die een recht op het goed hebben te respecteren, maar tevens degenen die ook een recht op hetzelfde goed verkrijgen. Zij moeten weten waar zij aan toe zijn met betrekking tot dat goed. De *numerus clausus* vergroot de overzichtelijkheid van de regels van het goederenrecht en komt de rechtszekerheid ten goede.<sup>164</sup> Uiteindelijk dient de *numerus clausus* de rechtsstatelijkheid van het recht, doordat de goederenrechtelijke rechten door de *numerus clausus* beter kenbaar en dus meer voorspelbaar worden. De organisatorische functie draagt dus bij aan de verhoging van de kwaliteit van het positieve recht.<sup>165</sup> Ook deze dimensie is te beschouwen als een beleidsmatige achtergrond van de *numerus clausus*.

#### 9.4.1.4 Conclusie: dwingend recht

Met de schets van de nog steeds relevante en actuele beleidsmatige achtergronden van de *numerus clausus* is onderbelicht gebleven dat het dogma van de *numerus clausus* zelf ook een expressie van het dwingende karakter van het goederenrecht is. Waar *numerus* slaat op de verschillende typen goederenrechtelijke rechten tegen de beleidsmatige achtergronden, brengt *clausus* het dwingende karakter tot uiting. *Numerus clausus* is dus in essentie het uitgangspunt dat de regels van goederenrecht dwingend zijn. Van de regels kan alleen worden afgeweken voor zover de wet zelf daarvoor ruimte biedt.

Dwingend recht komt ook veel voor in het vennootschapsrecht, dat al in § 2.4.1.1 is genoemd als een rechtsgebied waarin eveneens een gesloten stelsel voorkomt met grote gelijkenissen. In art. 2:25 BW is het uitgangspunt neergelegd dat van de bepalingen in boek 2 slechts kan worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt.<sup>166</sup> Timmerman heeft uiteengezet

164 Skeptisch over deze rechtvaardiging van de *numerus clausus* was reeds Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, § 23.10, p. 91: "Gegen den Typenzwang läßt sich geltend machen, (...) β) Die Mannigfaltigkeit der auch heute zugelassenen Rechtsformen und die Schwierigkeiten, welche die Feststellung der Zulässigkeitsgrenzen der Rechtsordnung bietet."

165 Hetzelfde geldt voor begripsmatige zuiverheid. Bijvoorbeeld de wens van de wetgever om te voorkomen dat het eigendomsrecht wordt gebruikt als zekerheidsrecht wordt meestal afgeschreven als een vorm van Begrijfsjurisprudentz, maar houdt uiteraard ook verband met de inzichtelijkheid en daarmee de hanteerbaarheid van rechtsregels door de daarin gebruikte rechtsbegrippen eenduidig te houden.

166 Zie voor de geschiedenis van art. 2:25 BW nader M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap - Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Maastricht 2003, § 2.2.1. De voorloper van deze bepaling is art. 37d van de Wet op de naamloze vennootschappen van 2 juli 1928 (art. 39a in het ontwerp 1910).

welke gronden kunnen bestaan voor dwingend recht<sup>167</sup> Hij noemt ten eerste waarden van niet-economische aard in verband met de constitutionalisering van het privaatrecht, die zich uit in meer bescherming van "de eigendommelijke kant van het aandeel" Ten tweede is er een grond voor dwingend recht voor zover de regels zien op het constitutieve vennootschapsrecht, dat vanwege de rechtszekerheid dwingend in de wet moet worden geregeld Ten derden is dwingend recht nodig wanneer het gaat om regels ter bescherming van bepaalde betrokken partijen of derden, zoals crediteuren, werknemers en minderheidsaandeelhouders Hij spreekt van de waarborgfunctie van het recht dat ertoe strekt bepaalde belangen te beschermen Het gaat dan om regels die een keuze tussen geheel of ten dele tegengestelde belangen incorporeren Hij wijst hiermee op "het verband tussen belangenpluralisme en dwingend recht"<sup>168</sup>

De parallel met de ratio voor de numerus clausus in het goederenrecht is treffend De eerste door Timmerman genoemde grond voor dwingend recht, fundamentele waarden van niet-economische aard, lijkt sterk op de ethische keuze van de wetgever tegen de goederenrechtelijke aspecten van de feodaliteit De tweede grond betreft het constitutieve vennootschapsrecht bij de vestiging van beperkte rechten gebiedt de rechtszekerheid evenzeer dat de regels inzake de vatbaarheid voor overdracht of bezwaring en de formaliteiten voor vestiging dwingend zijn Het bewaken van de rechtszekerheid, zowel in de zin van hanteerbaarheid als in de zin van voorspelbaarheid van de toepasselijke regels, vormt de crux van de organisatorische functie van de numerus clausus in ruime zin en het gesloten systeem De derde door Timmerman genoemde grond voor dwingend recht gaat op in de eerste wanneer het accent wordt gelegd op de bescherming van bepaalde partijen, maar vertoont gelijkenis met de tweede beleidsmatige achtergrond voor de numerus clausus wanneer het accent wordt gelegd op het belangenpluralisme In het goederenrecht staat het belang van partijen om de inhoud van een goederenrechtelijk recht of de wijze van rechtsverkrijging of -verlies vorm te geven zoals zij wensen, tegenover het algemene belang van bevordering van de verhandelbaarheid van goederen De wetgever heeft deze belangentegenstelling weggenomen door te kiezen voor de verhandelbaarheid van goederen door middel van standaardisatie van de typen goederenrechtelijke rechten

---

167 L. Timmerman, *Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht - Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?*, oratie Leiden 2004, *Ondernemingsrecht* 2005/1, nr. 2, p. 2-8, § 3, zie eerder ook L. Timmerman, *Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonen recht*, *preadvies NJV* 2000 I, nr. 34

168 Timmerman, a.w., conclusie, § 5, p. 8

De wetgever heeft zich in het kader van het ontwerp voor het goederenrecht slechts één keer uitgelaten over de gronden voor dwingend recht.<sup>169</sup> In § 6.4 is geconstateerd dat de wetgever naar aanleiding van de regels inzake erfpacht heeft verwezen naar de belangen van derden, de rechtszekerheid en de bescherming van bepaalde partijen. Zeer summier is de geschetste drievoudige ratio voor de numerus clausus hierin te onderkennen.

#### 9.4.2 *Het primaat van de wetgever*

De numerus clausus in het goederenrecht staat voor het primaat van de wetgever bij het verlenen van derdenwerking aan bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een goed. De wetgever heeft een keuze gemaakt van de bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een goed die hij in het maatschappelijk verkeer nuttig acht en hij heeft voor de gekozen typen rechtsregimes gecreëerd die enerzijds een inhoudelijke afbakening geven van de bevoegdheden en verplichtingen binnen elk type en anderzijds derdenwerking van rechtswege verlenen aan de geregelde pakketten. Wanneer partijen in een concreet geval op de voorgeschreven wijze kiezen voor één van de door de wetgever aangeboden pakketten, zijn zij verzekerd van derdenwerking van de gekozen bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een goed. Het primaat van de wetgever geldt dus ten opzichte van de partijen in het rechtsverkeer; de numerus clausus staat in dit opzicht gelijk aan de beperking van de partijautonomie.

##### 9.4.2.1 *Wetgever en rechter*

Het primaat van de wetgever is echter ook relevant in de verhouding tot de rechter. In dit opzicht staat de numerus clausus voor een competentieafbakening van de rechter als concurrerende actor in het proces van rechtsvorming. In hoofdstuk 3, m.n. § 3.4, is geconstateerd dat één van de rechtshistorische lijnen van de numerus loopt vanuit de ideeën over codi-

---

169 Zie in de doctrine o.a. Asser-Hartkamp 4-II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12<sup>e</sup> druk 2005, nr. 247: "Bij het creëren van dwingend recht kan de wet hebben beoogd de zekerheid in het rechtsverkeer te dienen, de belangen van de gemeenschap te waarborgen, derden tegen partijen of de ene partij tegen de andere te beschermen, of een naar het oordeel van de wetgever moreel afkeurenswaardige handelwijze tegen te gaan."; en M.A. Loth, *Regelend en dwingend recht*, Mon. Nieuw BW A-19, 2000, h. VI. Zie in het kader van het Duitse recht Lorenz Kahler, *Private Disposition jenseits der Herrschaft des Gesetzes - zur Abdingbarkeit gesetzlicher Normen*, in *Privatisierung des Privatrechts*, 2003, p. 181 e v.

ficatie ten tijde van de vervaardiging van de Code civil: wanneer de wetgever een code aanreikt, heeft men het daarmee te doen. Dit gebod gold niet alleen de justitiabelen, maar ook de rechters, die volgens de beroemde woorden van Montesquieu *bouches de la loi* waren.<sup>170</sup>

De ideeën over de verhouding van de rechter tot de wetgever zijn sinds het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw sterk gewijzigd. De Nederlandse wetgever heeft bij de hercodificatie van het burgerlijk recht in het algemeen een minder dominante rol voor de tekst van de wet voorzien en door middel van open normen een taak aan de rechter toebedeeld.<sup>171</sup> In art. 6:2 lid 2 BW biedt de wet zelf uitdrukkelijk een grondslag om af te wijken van de wettelijke regels.<sup>172</sup> Het Nederlandse BW van 1992 is een wetboek met open normen, dat een deel van de rechtsvormende taak aan de rechter delegeert. Open normen zijn "wettelijke voorschriften waarvan de invulling geheel aan de rechtspraktijk is overgelaten".<sup>173</sup> Het meest prominent zijn

- 
- 170 Vermeld moet worden dat Montesquieu zelf met deze woorden geenszins een rechtvaardiging heeft willen geven voor extreem legisme, gedurende de 19<sup>e</sup> eeuw is deze lading door anderen aan zijn woorden gegeven. Ze vormen overigens een gedeelte van een langere passage.
- 171 Deze vorm van delegatie van rechtsvorming aan de rechtspraak past geheel in de lijn van E. M. Meijers 'vrije rechtspraak' - in tegenstelling tot wetsuitlegging (wetsinterpretatie in strikte zin) - ter invulling van vage normen, zoals redelijkheid en billijkheid, goede trouw, openbare orde en goede zeden, was zij onontkoombaar en onontbeerlijk, maar deze methode van rechtstoepassing was alleen dan gelegitimeerd wanneer de wetgever de ruimte daartoe heeft geboden in de vorm van een vage norm. Zie hierover J. H. A. Lokin, De plaats van Meijers in de legistische traditie, in: Rechtsvinding onder het NBW, 1992, p. 5-39, op p. 22 en 31-32 (§ 11), en C. J. H. Jansen, De idealen van E. M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het burgerlijk wetboek, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 3-26.
- 172 Zie over deze bepaling in het licht van de codificatiegeschiedenis o.a. Lokin en Zwolfe, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 1992, p. 305-308. Vgl. nog MO bij art. 6:2, PG 6, p. 73: "De commissie zegt nog steeds grote moeite te hebben met het aanvaarden van de mogelijkheid dat dwingend recht, bij voorbeeld het arbeidsrecht, opzij gezet wordt door redelijkheid en billijkheid." De regeringscommissaris antwoordt dat in het gegeven voorbeeld van het arbeidsrecht een grote terughoudendheid past. Dit is begrijpelijk: het gaat hier om een terrein dat de voortdurende aandacht van de wetgever heeft, en het arbeidsrecht is het resultaat van een maatschappelijke afweging. Naarmate de redelijkheid en billijkheid geacht kunnen worden in de regeling te zijn verdisconteerd, zal men terughoudender moeten zijn, in zeer extreme omstandigheden zal echter wel beroep op de redelijkheid en billijkheid gedaan kunnen worden, waarbij te denken valt aan gevallen van rechtsverwerking."
- 173 Aldus A. S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 15. J. M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, diss. Tilburg, 1992, p. 55, spreekt van 'vage normen', zijnde normen opgebouwd rond begrippen die een mate van descriptieve vaagheid kennen. Voor zover het onderscheid tussen open normen en vage normen zinvol is, bestaat er geen ver-

de open normen die in het algemene deel van het vermogensrecht en in het verbintenissenrecht zijn neergelegd, in het bijzonder de vele bepalingen die verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid.<sup>174</sup> Ook het goederenrecht kent verschillende normen die open of vaag zijn, zoals het bepaaldheidsvereiste in art. 3:84 lid 2 BW en het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW.<sup>175</sup> Een vage norm ligt voorts besloten in al de bijzondere goederenrechtelijke bepalingen die verwijzen naar het algemeen belang.<sup>176</sup> De vele open normen impliceren een opdracht aan de rechter om het recht nader te vormen op basis van de omstandigheden van concrete gevallen. De Hoge Raad refereert inmiddels ook zelf aan zijn rechtsvormende taak.<sup>177</sup> Ook in het Nederlandse goederenrecht zijn talloze voorbeelden van rechterlijke rechtsvorming te noemen. Eerder in deze studie is al aandacht besteed aan innovaties ten tijde van het oude BW, zoals de erkenning en vervolgens de nadere vormgeving van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (§ 7.3.1), de erkenning van kwaliteitsrekening in het arrest Slis-Stroom (§ 2.3.5.4), en de levering van een roerende zaak zonder bezitsverschaffing in de Gestolen Mercedes-arresten (§ 7.8.2). Sinds de invoering van het nieuwe BW kan worden gedacht aan het rangbehoud voor de pandhouder na inning van een stil verpande vordering na faillissement van de pandgever op grond van het arrest Mulder q.q./CLBN, en aan de versoepeling van het bepaaldheidsvereiste voor verpanding in een reeks arresten die is uitgemond in het arrest Mulder q.q./Rabobank Alphen. Rechterlijke rechtsvorming heeft zeker het oude BW nog op hoge leeftijd een benodigde mate van elasticiteit gegeven.<sup>178</sup>

---

schil in de wijzen waarop een open norm toegepast en een vage norm wordt ingevuld. Zie verder mijn bijdrage, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, op p 149

174 Zie voor een overzicht Hartkamp, a w , § 15

175 Zie voor een overzicht S.E. Bartels en J.M. Milo, Open normen in het goederenrecht, 2000, p. 1-20, en ook de bijdrage aan deze bundel van A.C. van Schaick, Verkeersopvattingen in het goederenrecht, p 79-90

176 MvA II bij ontw.-art 5.1.2, PG 5, p 50 "het moet aan de rechter worden overgelaten aan deze term evenals aan andere algemene termen zoals redelijkheid, billijkheid, goede trouw, goede zeden, nadere inhoud te geven "

177 Zie in de afgelopen jaren HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170 m nt ARB, r o 3 13, HR 12 november 1999, NJ 2000, 52 m nt PvS, r o 3 2, HR 1 december 2000, NJ 2001, 390 m.nt JdB, r o 3 6, en HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m nt JBMV, r o 4 2, HR 18 juni 2002, NJ 2002, 577 m.nt TK, r o 4 4, en HR 18 juni 2002, NJ 2003, 590 m nt PCEvW, r o 3.4 3, alle arresten waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk spreekt over 'de rechtsvormende taak van de rechter', overigens meestal in verband met de grenzen daarvan en voorts niet meer sindsdien. Zie verder m n S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p 747-758

178 Zie J.L.P. Cahen, Deblokkering van de blokkeringsclausule, orate Groningen, 1966, p 12



De wetgever heeft in het goederenrecht echter vastgehouden aan het primaat van de wet door uitdrukkelijk te kiezen voor de *numerus clausus* en het gesloten systeem, zoals is gebleken in hoofdstuk 2. Met de open en de vage normen in het goederenrechtelijke gedeelte van de wet, zoals de *imprévision*-regels die in de vorige paragraaf zijn besproken, is echter niet bedoeld aan de rechter de ruimte te bieden om nieuwe goederenrechtelijke rechten te creëren.

#### 9.4.2.2 Rechtvaardiging

Voór het primaat van de wetgever bij de erkenning van nieuwe typen goederenrechtelijke rechten is veel te zeggen. In rechtsstatelijk opzicht is de legitimatie van de wetgever wat betreft het stellen van rechtsregels groter dan die van de rechter, doordat het parlement en de regering een democratisch fundament hebben. Naast dit formele aspect van de rechtsstatelijke legitimatie van de wetgever is, wat ik noem, het materiele aspect van nog groter belang: het proces van wetgeving voldoet aan veel meer voorwaarden voor deugdelijke rechtsvorming dan het proces van geschillenbeslechting door een rechter. Wetgeving begint met een voorstel dat open staat voor becommentariering, er bestaan deugdelijke kanalen voor de afkondiging van wetten, zodat de nieuwe regels in brede kring bekend worden, de bekendmaking geschiedt voorafgaande aan de inwerkingtreding, wetgeving heeft in beginsel geen terugwerkende kracht, wetgeving heeft een universele geldingspretentie.<sup>179</sup> Rechtspraak daarentegen schept moeilijk kenbaar recht, heeft meestal terugwerkende kracht, is incidenteler en in principe beperkt tot de partijen wier geschil wordt beslecht.<sup>180</sup> Wetgeving is dus een principieel beter instrument voor rechtsvorming dan rechtspraak. Wetgeving komt in beginsel de rechtszekerheid, in de zin van de kenbaarheid van het recht, ten goede.<sup>181</sup> Hieraan doet niet af

179 Gedoeld wordt op de verschillende elementen uit het werk van Lon Fuller, *The morality of law*. Zie § 5.2.2, waar ik deze elementen de premissen van het recht heb genoemd.

180 Zie over terugwerkende kracht en rechtspraak O. A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht - Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer*, diss. Tilburg, 2001. Zie ten aanzien van de geldingskracht van rechtspraak ook O. A. Haazen en T. H. D. Struycken, *De binding aan precedënten*, in: *De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving*, 1993, p. 91-150.

181 In hun rechtseconomische rechtvaardiging van de *numerus clausus* stellen Merrill en Smith, a.w., (2000) 110 *Yale L.J.*, p. 58-68, dat terughoudendheid van de rechter bij de formulering van nieuwe rechtsregels geboden is en dat de trage gang van het wetgevingsproces (*legislative inertia*), met alle waarborgen op basis van het legaliteitsbeginsel, heilzaam is, aangezien het nieuw recht beter kenbaar maakt voor de

dat goede wetgeving noodzakelijkerwijs een hoge abstractiegraad heeft, zodat casuïstiek nodig is om een regel in concrete gevallen te verfijnen.

Deze algemene rechtstheoretische argumenten ten gunste van rechtsvorming door de wetgever dienen te worden toegespitst op het goederenrecht, wil het argument voldoende zeggingskracht hebben ten faveure van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten. Typierend voor goederenrechtelijke rechten is uiteraard dat ze de potentie hebben om derden te binden. De vestiging van een beperkt recht is evenzeer als het aangaan van een overeenkomst een affaire die zich aanvankelijk *inter partes* afspeelt, maar de binding die door vestiging van een beperkt recht worden aangegaan met betrekking tot een goed werkt door in de rechtspositie van rechtsopvolgers in de rechten met betrekking tot dat goed. Bovendien moet een goederenrechtelijk recht als absoluut recht door eenieder worden gerespecteerd. Het is daarom van belang dat deze derden en vierden kunnen weten wat ze moeten verwachten. Wetgeving verschaft duidelijke kaders voor de verschillende typen goederenrechtelijke rechten, die in grote lijnen en in abstracto eenvoudig en vooraf kenbaar zijn.

Achter deze redenering gaat een veronderstelling schuil die expliciet gemaakt moet worden: de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten veronderstelt een tegenstelling tussen goederenrechtelijke rechten en obligatoire verhoudingen. Deze dichotomie is in § 9.2.1.2 uitdrukkelijk omarmd als een doelmatig instrument voor de ordening van rechtsverhoudingen. In het kader van de rechtsstatelijke onderbouwing voor het primaat van de wetgever bij de erkenning van nieuwe typen goederenrechtelijke rechten kan nu worden toegevoegd dat afschaffing van de dichotomie in verband met de *numerus clausus* ten gunste van een systeem waarin derdenwerking een kwestie is van in de rechtspraak te ontwikkelen gradaties zou betekenen dat ook afstand wordt gedaan van materiële waarborgen voor de rechtszekerheid die onderdeel uitmaken van het proces van wetgeving.

#### 9.4.2.3 De passieve wetgever

Het probleem met de wetgever is dat hem sinds jaar en dag onwil en passiviteit worden verweten, ook wat betreft het goederenrecht. Roemrucht

---

betrokkenen. De kenbaarheid van nieuw goederenrecht wordt ook in rechtseconomisch opzicht van groot belang geacht, aangezien het subjectieve rechten in het leven roept die door anderen moeten worden gerespecteerd en waarop door rechtsverkrijgers geanticipeerd moet kunnen worden. Zie over wetgeving, rechtszekerheid en de kenbaarheid van recht verder W. Snijders, De betrekkelijke waarde van de wet in euroland, oratie UvA, 2001.

is de verzuchting van Paul Scholten in zijn noot onder het al uitvoerig geciteerde Bierbrouwerij-arrest uit 1929 over fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid:

"Ter vergadering van de Juristen-vereeniging werd algemeen het verlangen geuit naar een uitspraak van den wetgever om zekerheid te verkrijgen of handelingen, als ten deze berecht, het beoogde doel al dan niet kunnen bereiken. Bij de bekende onaandoenlijkheid van onze wetgevende organen voor wenschen van jurisdenzijde is de kans niet groot dat de wetgever aan dit verlangen zal voldoen."<sup>182</sup>

Hier komt bij een gevoel van alle tijden dat de wetgever onkundig is, want zonder oog voor en kennis van de werkelijke behoeften in de rechtspraktijk. Met name het fiduciaverbod in art. 3:84 lid 3 BW is in de rechtspraktijk uiterst omstreden, omdat het de noden van de internationale financieringspraktijk zou miskennen.<sup>183</sup> In § 7.4.3.5 is toegelicht dat de wetgever inmiddels in het kader van de implementatie van de richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten heeft voorzien in een verbod van analogische toepassing van art. 3:84 lid 3 BW en meer algemeen in stellige woorden van sussende aard, maar hiermee zal de roep om afschaffing niet verstomd zijn.

Een variant van de stelling dat de wetgever tekortschiet, is de idee dat de partijen in het rechtsverkeer veel beter in staat zijn te beoordelen wat goed voor hen is dan de wetgever. De Rotterdamse notaris Treurniet, wiens preadvies over erfpacht uit 1957 al veelvuldig is vermeld, pleitte in krachtige bewoordingen voor zo min mogelijk bemoeienis van de wetgever en zo groot mogelijke vrijheid voor contractspartijen, refererende aan Eyssell, oud-president van de Hoge Raad<sup>184</sup>:

---

182 HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 m.nt. PS (bierbrouwerij). Scholten refereerde aan de NJV-vergadering uit 1928. Zie hierover Lokin en Jansen, Tussen droom en daad, 1995, h. IV, § 5. Zie ook Meijers in 1908, geciteerd door Jansen, De idealen van E.M. Meijers, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 6.

183 Zie uit de talrijke publicaties o.a. H.L.E. Verhagen, Vijf jaar NBW. artikel 3:84 lid 3 en de financieringspraktijk, Trema 1997/2, p. 55-59; W.A.K. Rank, De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, oratie KUN, 1998; M.H.E. Rongen, in: Onderneming en effecten, 1998, p. 466; C.H. Schot, Hindernissen voor het Nederlandse rechtssysteem onderweg naar morgen, V&O 2000/9, p. 130-136; N.W.M. van den Heuvel, Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease, O&F 67 (2005), p. 2-11; Th.A.L. Kliebisch, noot in JOR 2006/60.

184 In § 2.3.2 is gebleken dat Eyssell gezeten heeft op het arrest uit 1897, dat een strikte toepassing van de numerus clausus vertolkte. Eyssell was bovendien één van de vijf leden van de Staatscommissie uit 1898, wier ontwerp voor een nieuw BW de numerus clausus uitdrukkelijk verwoordde. Als Eyssell al kritisch was over interventies van de wetgever, dan bleek dat niet uit zijn benadering van het zakenrecht destijds.

"Zonder de kundigheid van onze wetgever aan te vechten - de lust om het te doen kan wel eens heel groot zijn! - onderschrijf ik ten volle de stelling van Eyssell, dat het 'inzigt' van de contractanten te stellen is boven de kennis van de wetgever. Met late hun de vrije hand, tenzij van excessen blijkt, met name de economisch-zwakke in een ongunstige hoek wordt gedirigeerd. (...) Neen, onze wetgever is op het verkeerde pad. Hij regele zo weinig mogelijk en onthoude zich van dwingende of semi-dwingende bepalingen. Wanneer dwingend recht voor de landerfpacht nodig mocht zijn - wat ik niet kan beoordelen - behoort de wetgever te differentiëren en de stedelijke erfpacht vrij te laten. De stedelijke erfpacht heeft getoond die vrijheid waard te zijn."<sup>185</sup>

Treurniet gooit het hier over de boeg van de partijautonomie en maakt daarbij geen onderscheid tussen de vrijheid om inter partes de verhouding obligatoir te regelen zoals men wenst en de dwingende standaardisering door middel van een numerus clausus op het goederenrechtelijke vlak. De wetgever dient zich wat Treurniet betreft terughoudend op te stellen.

#### 9.4.2.4 Het proces van wetgeving

Aan de critici kan worden tegengeworpen dat het proces van wetgeving actieve participatie vanuit de maatschappij behoeft en behoort te krijgen. De verantwoordelijkheid voor de vorming van rechtsregels die aansluiten bij de behoeften in het rechtsverkeer, berust bij alle actoren in het recht, in het bijzonder ook bij advocaten, notarissen en bedrijfsjuristen, evenals rechters buiten het kader van hun rechtsprekende taak. Allen kunnen actief aan de rechtsvorming bijdragen door voorstellen voor wetgeving en suggesties voor verbetering te doen en door toelichting te geven op de precieze achtergronden van de behoeften in het rechtsverkeer.<sup>186</sup> Kritiek op wetsontwerpen zou gepaard moeten gaan met concrete voorstellen voor herformulering van de tekst van een ontwerpbeplanning.<sup>187</sup> Daar waar de regering en haar ambtenaren achterblijven, hetgeen uiteraard een

185 W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden*, Preadvis BCN, 1957, p. 198-199. In § 6.5.3 is vermeld dat zijn voorstel om in de wet te differentiëren naar de verschillende vormen van erfpacht door de wetgever van de hand is gewezen.

186 Steeds meer wetgeving strekt tot implementatie van communautaire regelgeving. Op de door de regering voor de implementatie gekozen formuleringen en gemaakte keuzen is meestal kritiek. Deze kritiek gaat vaak gepaard aan passiviteit: al vanaf het moment dat een communautaire richtlijn wordt vastgesteld, kan worden meegedacht over de implementatie ervan. Daarmee hoeft niet te worden gewacht tot het moment dat de regering - meestal te laat - een wetsontwerp bekend maakt.

187 Vgl. J.M. Polak, *Het proces van wetgeving - Inbreng en invloed van juridische publicaties*, NJB 2000/43, p. 2076-2081, die de wetgever aanbeveelt wetgeving zoveel mogelijk uit te besteden of samen te werken met de juridische wereld.

kwestie is van de door haar zelf en het parlement gestelde prioriteiten, biedt art. 82 lid 3 van de Grondwet aan individuele Kamerleden de mogelijkheid om wetsvoorstellen te lanceren. Er behoeft dus slechts één Tweede Kamerlid te worden overtuigd om een initiatiefwetsvoorstel ter tafel te brengen.

Voor beroeps- en belangenorganisaties is hier bij uitstek een taak weggelegd. De Nederlandse Juristen-Vereniging en de Vereeniging Handelsrecht vervullen van oudsher deze taak, hetgeen de stemming over vraagpunten ten aanzien van nieuwe wetgeving naar aanleiding van preadviezen verklaart, maar wellicht moet zij actiever werken aan de formulering van concrete ontwerpen.<sup>188</sup> Hetzelfde geldt voor organisaties zoals de Orde van Advocaten, het Genootschap van Bedrijfsjuristen, de Consumentenbond, de Vereniging voor Effectenrecht, etcetera. Er is geen goede reden om niet hetzelfde te vragen van de rechterlijke macht, in het bijzonder de Raad voor de rechtspraak. Ook de Hoge Raad zelf heeft in de vorm van zijn jaarverslag een medium voor participatie in het proces van wetgeving.<sup>189</sup>

In verband met dit pleidooi voor actievere participatie van de rechtswetenschap en de rechtspraktijk in het wetgevingsproces verdient ook overweging hoe de kwaliteit van wetgeving kan worden verbeterd en de betrokkenheid van de relevante partijen - de 'stakeholders' - in het proces van wetgeving kan worden vergroot. Naar mijn mening dient wetgeving te worden voorgekookt in geïnstitutionaliseerde fora waarin afgevaardigden van de verschillende groepen belanghebbenden bij regelgeving op een bepaald terrein zitting hebben en met elkaar trachten door dialoog en onderhandeling te komen tot uitgebalanceerde voorstellen voor wetgeving. Er zou nader moeten worden gedacht over de verhouding van dergelijke geïnstitutionaliseerde overlegkaders tot de Tweede Kamer, maar denkbaar is dat wordt gediscussieerd op basis van voorlopige standpunten van het parlement, dat bovendien vervolgens het laatste woord houdt door zijn monopolie op wetgeving in formele zin. Een goed voorbeeld is

---

188 Zie de statuten van de NJV, beschreven door Lokin en Jansen, *Tussen droom en daad*, 1995, p. 11 en 25. Zie verder C.J.H. Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle 1993. Zie ook de beschrijving van het werk rond 1900 van o.a. Drucker, Molengraaff en Meijers, door Jansen, *De idealen van E.M. Meijers*, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, p. 3-26.

189 Vgl. de suggestie van I. Giesen, *De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen*, WPNR 6494 (2002), p. 447-453, dat de Hoge Raad het jaarverslag gebruikt om de precedentwaarde van zijn rechtspraak te verduidelijken, bijvoorbeeld door aan te geven welke arresten uit het verleden hij als achterhaald en verouderd beschouwt. Zie verder J.B.M. Vranken, *Algemeen deel \*\*\* - Een vervolg*, 2005, nr. 77.

de wijze waarop de *Uniform Commercial Code* in de Verenigde Staten is ontstaan en wordt bijgehouden, bijvoorbeeld het zekerhedenrecht in Article 9 van de UCC is het product van zeer intensief overleg en stevige onderhandeling tussen vertegenwoordigers van kredietverschaffers, van het organisaties uit het midden- en kleinbedrijf en van consumentenorganisaties. De UCC is een modelwet die vervolgens door de wetgevers in de verschillende staten in Amerika is overgenomen en neergelegd in formele wetgeving. Een alternatief is dat op veel grotere schaal door de wetgever gebruik wordt gemaakt van geformaliseerde procedures voor consultatie, zoals de Law Commission in Engeland doet en zoals ook de Europese Commissie in toenemende mate in communautair verband doet.<sup>190</sup>

De redenen voor dergelijke aanpassingen in het wetgevingsproces zijn dat wetgeving tot stand komt op basis van beter en grondiger inzicht in de werkelijke behoeften in het economisch verkeer en dat wetgeving kan rekenen op bredere steun onder de meest betrokken partijen in het betreffende deel van het rechtsverkeer.

#### 9425 Conclusie

Terug naar de *numerus clausus* en het primaat van de wetgever. De kritiek op de kwaliteit van wetgeving overtuigt onvoldoende om een zwaarwegend argument te zijn tegen het primaat van de wetgever bij de vaststelling van de typen goederenrechtelijke rechten. Hier komt nog bij dat de kwaliteit van rechtspraak over het goederenrecht bij tijd en wijle evenzeer discutabel is. Daarom moet bij de beoordeling van de *numerus clausus* worden uitgegaan van de aanname dat de wetgever naar behoren functioneert. De voordelen van wetgeving wat betreft de regimes voor goederenrechtelijke rechten rechtvaardigen het primaat van de wetgever.<sup>191</sup>

De wetgever moet dan wel gebruik maken van zijn exclusieve bevoegdheid. Om de wettelijke *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten levend te houden, moet deze door de wetgever worden uitgebreid met nieuwe typen goederenrechtelijke rechten, indien daaraan in het maatschappelijk verkeer een behoefte bestaat die door de wetgever

190 Vgl. in Nederland de *position papers* ten aanzien van regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van overtreding van toezichtswetgeving voor het effectenverkeer. Deze zijn gepubliceerd op de internet website van het ministerie van financiën. De wijzigingen in de wettelijke regeling van het appartementsrecht zijn voorbereid door een werkgroep van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

191 Vgl. F.W. Grosheide, Eigendom in de informatiemaatschappij, in: *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, 2003, p. 116.

legitiem wordt geacht.<sup>192</sup> De *numerus clausus* vraagt een actieve wetgever, die bereid en in staat is om door middel van wetgeving op nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, vooral in het handelsverkeer, in te spelen. Wat betreft goederenrechtelijke verhoudingen behoort de wetgever er naar mijn mening niet voor te kiezen passief te blijven.<sup>193</sup>

Kijkt men naar de wetgeving sinds de inwerkingtreding van het BW, dan heeft de wetgever inderdaad niet stil gezeten.<sup>194</sup> Vermelding verdienen de vele aanpassingen in de al wat oudere regeling van het appartementsrecht, de invoering van de Vormerkung, de - overigens niet in alle opzichten gelukkige - afschaffing van het mededelingsvereiste voor cessie, en de wettelijke regeling van de notariële kwaliteitsrekening. Anderzijds vertoont de wetgever nog geen activiteit met betrekking tot bewind, trustzekerheden en andere vormen van trust, alle onderwerpen die in § 7.5 zijn geanalyseerd. Voor deze onderwerpen zouden in de wetenschap

192 Vgl. Foëx, Le "numerus clausus", 1987, nr. 39, ten aanzien van *le numerus clausus*: "L'introduction d'un ou deux droits réels limités nouveaux, spécialement bien adaptés aux nécessités de la vie économique actuelle, pourrait lui donner une vigueur et une 'respectabilité' accrues." Zie ook het slot van zijn boek, p. 269: "En réduisant le fossé que sépare notre codification actuelle du droit en action, l'on donnerait une vigueur nouvelle au *numerus clausus*, le rendant mieux apte à remplir sa mission, et l'on éviterait à la théorie et à la pratique du droit, s'érigeant en quelque sorte en législateur, de devoir consacrer des solutions *contra legem*. Finalement, le relatif échec du *numerus clausus* n'est pas dû à une inanité de principe, mais à sa perfectibilité sous l'angle du droit désirable."

193 Vgl. T. Koopmans, Het primaat van de politiek, RM Themis 1998/4, redactioneel, p. 97: "De tweede betekenis van het 'primaat' is dat de politiek, in de zin van wetgeving en bestuur, de koers van de rechtsontwikkeling bepaalt, althans behoort te bepalen, niet de rechter. Daar is veel voor te zeggen: het representatieve stelsel strekt er tenslotte toe dat de bevolking zelf zich kan uitspreken over de toekomstige ontwikkelingen. Ook hier zijn echter twee nuanceringen aan te brengen. In de eerste plaats laat juist recente wetgeving veel over aan de rechter. Het nieuwe BW, met zijn nadruk op de eisen van ongeschreven recht, symboliseert als het ware die neiging. (...) De tweede nuancering is dat de wet vaak geen oplossing heeft te bieden voor problemen die uit nieuwe ontwikkelingen voortvloeien, b.v. die op technologisch gebied. De politiek kan oordelen dat de tijd nog niet rijp is voor regelgeving, maar de rechter is verplicht te beslissen. Zo ontstaat jurisprudentie over 'wrongful birth', of over rechten op computerprogramma's, die belangrijke stappen in de rechtsontwikkeling kan inhouden zonder door de politiek te zijn 'gelegitimeerd'. Maar de rechtsstaat eist dat de rechter een uitspraak doet, en volgens art. 6 EVRM mag hij daar ook niet te lang mee wachten."

194 Niet ten gunste van de wetgever spreken de wetwijzigingen ter implementatie van Europese richtlijnen, zoals de richtlijnen inzake financiële zekerheidsovereenkomsten, betalingsachterstanden, consumentenkoop, cultuurgooederen, en de finaliteitsrichtlijn.

regelingen kunnen worden ontworpen.<sup>195</sup> Hetzelfde geldt wellicht voor de domeinnaam, die in § 2.5.3 aan de orde is geweest.

#### 9.4.3 *De praktijk als rechtsbron*

Bij deze evaluatie van de *numerus clausus* in het goederenrecht ligt veel nadruk op de rol van de wetgever bij de vorming van nieuw goederenrecht. In deze studie is echter ook gebleken dat een deel van de vernieuwingen in het goederenrecht is voortgekomen uit de rechtspraktijk. De erkenning van de rechtsgeldigheid van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid door de Hoge Raad in 1929, zoals beschreven in § 2.3.5.1 en § 7.4.1, berustte op een rechterlijk goedkeuren van een wijd verbreide praktijk in het rechtsverkeer, conform de aanbevelingen voor wetswijziging van de NJV in 1928. Verder is in § 6.9 duidelijk geworden dat de ruimte om de inhoud van de beperkte rechten nader vorm te geven, in de rechtspraktijk creatief wordt gebruikt voor allerlei innovaties in het rechtsverkeer.

Hiermee rijst de vraag wat nu de marges zijn voor de partijautonomie bij de ontwikkeling van nieuwe rechtsfiguren in het goederenrecht. In hoofdstuk 3 is geconstateerd dat het systeem van het BGB van 1900 is gebaseerd op het uitgangspunt dat de ruimte voor *Gestaltungsfreiheit* in het zakenrecht nihil is. Dit uitgangspunt is al destijds in de Duitse literatuur fel bestreden door met name Otto von Gierke:

"Das undeutsche Dogma des Entwurfes, daß in der Welt des Sachenrechts für schöpferische Thaten der beteiligten Volkskreise kein Raum ist, muß fallen! Es unterbindet die Lebensadern der künftigen Rechtsentwicklung und bedroht uns mit Verknöcherung und Erstarrung!"<sup>196</sup>

- 
- 195 Vgl. Uniken Venema in zijn recensie van de dissertatie van Aertsen over de trust (zie nader § 7.5), waarin hij de hoop uitspreekt dat Aertsen over zal gaan tot formulering van concrete tekstvoorstellen ter invoering van een vorm van trust in het Nederlandse recht. Vgl. ook Thiele, diss., nr. 622 en p. 262, waar zij een voorstel doet voor een wettelijke bepaling voor zekerheden in collectief verband, geent op de constructie van een trust.
- 196 Otto Gierke, *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, h. 18, in *Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung* ( ), Gutenberg 1888-1890, 1889, p. 70 (en 106), (zoals geciteerd door Wiegand (1987), p. 640). Vgl. Vera Bolgár, *Why no Trusts in the Civil law?*, (1953) 2 *Am J Comp Law*, p. 212. "The second obstacle asserted against adoption of the trust in the civil law is the principle of publicity construed as requiring a *numerus clausus* or taxative enumeration of real rights. Investigation evinces that in this conclusion, theory, inspired by the nominalistic influence of a seductive name, has found in the absence of codified provisions a remarkable principle that violates the requirements of practical life."



Voor de nieuwe figuren en constructies die voortspruiten uit de praktische behoeften en de creatieve oplossingen in het rechtsverkeer dient ruimte te bestaan, en nog meer dan dat: volgens W. Snijders moet de rechter de rechtsgeldigheid daarvan in beginsel aanvaarden:

"Is eenmaal een figuur in de praktijk tot leven gekomen, dan dient de rechter de mogelijkheid te hebben deze figuur te aanvaarden in plaats van gedwongen te zijn haar ongeldig te verklaren wegens het ontbreken van een wettelijke bepaling die haar toelaat. Men kan bovendien beter die figuur aanvaarden zoals zij zich in de praktijk realiter heeft gevormd, dan haar te misvormen door haar op het Procrustesbed van een strikt opgevat wettelijk stelsel te leggen en dan in een ongeschikt hokje te stoppen. Sterker nog: de rechter zal de figuur vaak redelijkerwijs *moeten* aanvaarden, omdat de eisen van de praktijk daartoe nopen. ( ) Dit alles betekent niet dat de rechter nieuwe figuren niet behoort te toetsen. Maar dat is een toetsing achteraf, waarbij uitgangspunt moet zijn dat het gaat om een recht dat zich reeds heeft gevormd en nu aanspraak op maatschappelijke erkenning maakt. ( ) Op dit punt geldt m.i. dat het te beoordelen nieuwe recht in het stelsel van de wet moet passen en moet aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen, wat zich laat uitbreiden tot reeds door de rechtspraak aanvaarde gevallen. Onderdeel (of misschien beter uitgangspunt) van het wettelijk stelsel is de vrijheid van handel en industrie. De aanvaardbaarheid van nieuwe rechten zal daarom in de praktijk vooral worden bepaald door de vraag of zij die vrijheid te veel beperken."<sup>197</sup>

Snijders schetst hier een rechter die enerzijds actief is, omdat hij overgaat tot erkenning van nieuwe goederenrechtelijke rechtsfiguren ook al moet hij de wettelijke kaders van het goederenrecht daarvoor openbreken, en anderzijds passief, omdat hij zich moet laten leiden door hetgeen zich vanuit de rechtspraktijk hij hem aandient. Het primaat komt zo te liggen bij de partijen in het rechtsverkeer als *primaire actor* in het proces van rechtsvorming.

Opmerkelijk is hierbij dat Snijders de vrijheid van handel en industrie opvoert als rechtvaardiging voor de grote ruimte die hij aan de partijautonomie wordt toedient.<sup>198</sup> Juist omwille van het economisch verkeer en de verhandelbaarheid van goederen is aan het einde van de 18<sup>e</sup> eeuw in Frankrijk en in de loop van de 19<sup>e</sup> eeuw in Duitsland gekozen voor een *numerus clausus*. Het eeuwenoude en uit zijn voegen gebarsten feodale stelsel van zakelijke rechten, met een ruime mate van variëteit, vormde een obstakel van de vrijheid van handel en industrie, dat werd beslecht door de dwingendrechtelijke standaardisering van een beperkt aantal ty-

197 W. Snijders, *Ongeregeldeheden in het vermogensrecht*, WPNR 6607 en 6608 (2005), p. 82.

198 Zie § 9.4.1.2 voor drie door Snijders genoemde arresten waarin verhandelbaarheid een rol speelt.

pen goederenrechtelijke rechten die nuttig werden geoordeeld. De vrijheid van handel en industrie verschijnt bij Snijders in een alter-ego.

De behoeften van de rechtspraktijk vormen uiteraard een krachtig argument voor de erkenning van de rechtsgeldigheid van de goederenrechtelijke figuren en constructies die daarin ontstaan. Tegelijkertijd is evident dat niet alles wat in de rechtspraktijk tot ontwikkeling komt, ook juridisch dient te worden erkend. In het maatschappelijk verkeer bestaat een natuurlijke behoefte om de grenzen van het geldende recht op te zoeken, in veel gevallen geleid door fiscale motieven. Het is waarschijnlijk dat de partijen die een nieuwe goederenrechtelijke constructie ontwikkelen niet alle betrokken belangen op dezelfde wijze laten meewegen als een rechter of een wetgever. Daarom zijn kaders en grenzen voor de partijautonomie principieel en praktisch onmisbaar, mede gezien de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten en gezien het nut van standaardisering voor de verhandelbaarheid van goederen.

Desondanks bestaat binnen het systeem van het Nederlandse goederenrecht ampele ruimte voor innovatieve constructies van goederenrechtelijke aard, die in het maatschappelijk verkeer worden ontwikkeld. Op vele plaatsen in deze studie is geconstateerd dat de wetgever in 1992 de ruimte voor de partijautonomie in het goederenrecht aanzienlijk heeft vergroot.

Hier komt nog bij dat ook voor de wettelijke bepalingen van goederenrecht de canon geldt die de Hoge Raad in 1959 in het arrest Quint/Te Poel heeft geformuleerd voor uitleg van de wet. Aannemer Quint had een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ingesteld tegen Te Poel als eigenaar van een gebouw dat door Quint was gebouwd in opdracht van een huurder van Te Poel. De wet kende een dergelijke vordering nog niet, dus Quint beriep zich op de bepaling in art. 1269 oud BW dat alle verbintenissen ontstaan uit overeenkomst of uit de wet. Aan de woorden 'uit de wet' was volgens de Hoge Raad een te enge betekenis toegekend:

"dat uit deze woorden immers geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen;"<sup>199</sup>

Deze richtsnoer voor uitleg van de wet heeft later algemene gelding gekregen en is dus niet beperkt tot het systeem van bronnen van verbintenissen. In latere rechtspraak van de Hoge Raad is de Q/tP-maxime ook

199 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel).

toegepast op goederenrechtelijke vragen van wetsuitleg, bijvoorbeeld in het al eerder vermelde arrest ProCall over de kwaliteitsrekening.<sup>200</sup> Uit het hiervoor gegeven citaat blijkt dat met name W. Sniijders de magische Q/tP formule presenteert als kader voor rechtsontwikkeling van het goederenrecht op basis van figuren en constructies die in het maatschappelijk verkeer ontstaan.<sup>201</sup>

De ruimte voor de partijautonomie in het goederenrecht en de ruimte voor de rechter om met behulp van de Q/tP-maxime binnen de ruime marges van de open normen in het BW nieuwe goederenrechtelijke figuren en constructies als rechtsgeldig te erkennen, kunnen de indruk doen post vatten dat de rechtsontwikkeling in het goederenrecht inderdaad is overgelaten aan de partijautonomie.

Me dunkt dat dit een misvatting is. De mogelijkheid om de wettelijke beperkte rechten inhoudelijk nader vorm te geven, bestaat slechts bij de gratie van de wetgever. De ruimte die bestaat voor de partijautonomie is geschapen *door de wetgever*, die daarbij kaders en grenzen heeft gesteld. Daarbij heeft de wetgever voorzien in verschillende instrumenten om de partijautonomie onder controle te houden, zoals is duidelijk geworden hiervoor in § 9.4.2. Met de goederenrechtelijke *imprévision*-bepalingen en het evenredigheidsbeginsel dat mede ten grondslag ligt aan het leerstuk misbruik van bevoegdheid en de werking van de redelijkheid en billijkheid de beginselen, heeft de wetgever aan de rechter de mogelijkheid gegeven om partijarrangementen te toetsen en te beïnvloeden. Er bestaat ruimte voor de partijautonomie maar alleen voor zover de wet die ruimte biedt. Ook voor de rechter vormt het stelsel van de wet het referentiekader. De *numerus clausus* dwingt hem tot grote terughoudendheid bij de erkenning van nieuwe rechtsfiguren en soms ook tot het oordeel dat sprake is van ongeldigheid omdat erkenning de grenzen van zijn rechtsvor-

200 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196, r.o. 3.3.4, slot. Zie over dit arrest ook § 2.3.5.4, § 3.6.4 en § 7.4.5.

201 Vgl. W. Sniijders, De openheid van het vermogensrecht, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, § 13, p. 57-58 (slotbeschouwing). Bij de vraag of een nieuwe rechtsfiguur in ons recht is in te passen, komt men steeds weer uit bij de klassieke maatstaf of deze figuur in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen. ( ) Die maatstaf legt de nadruk op twee aanknopingspunten: op inpassing in het stelsel van de wet en op vergelijking met daarvoor in aanmerking komende andere gevallen. In een zin volgend op het hierboven gegeven citaat uit 2005 merkt Sniijders verder nog op dat ook consistentie van het stelsel van de wet een rol speelt.

mende taak te buiten gaat. Het primaat van de wetgever geldt onverkort; het wettelijk stelsel van het goederenrecht is gesloten gebleven.<sup>202</sup>

#### 9.4.4 *Legisme*

De prominente plaats die hier wordt toegekend aan wetgeving in het goederenrecht en de uitdrukkelijke keuze voor het primaat van de wetgever zijn vermoedelijk in deze tijd controversieler dan mag worden verwacht. Voor sommigen verschijnt hiermee het spook van het legisme ten tonele, dat angst inboezemt en spontane afkeer oproept. Juist de oud-regeringscommissaris voor het BW, W. Snijders, stelt onder meer in het kader van de vraag of de internet domeinnaam kan worden aangemerkt als een nieuw absoluut recht, steeds uitdrukkelijker dat het vermogensrecht van 1992 een open karakter heeft.<sup>203</sup> Een andere uitleg van de bedoeling van de wetgever kwalificeert hij als een vorm van - kennelijk verwerpelijk - legisme:

het "algemeen gezichtspunt dat bij een redelijke uitleg van de wet in het licht van nieuwe ontwikkelingen moet worden in acht genomen. Dat gezichtspunt houdt, ruw uitgedrukt, in dat het nieuwe vermogensrecht mede ten doel heeft een grondslag te vormen voor verdere, in 1992 nog niet te voorspellen ontwikkelingen en dat het aan nieuwe ontwikkelingen slechts in de weg behoort te staan in het geval dat het daarvoor een duidelijk, op redelijke grond berustend beletsel bevat. Deze doelstelling impliceert een open stelsel. De miskenning hiervan komt neer op een nieuwe vorm van legisme."<sup>204</sup>

202 De numerus clausus in oorspronkelijke zin, zoals neergelegd in het Duitse recht, is niet los te zien van de algehele ontkenning van de rechtsgeldigheid van partijarrangementen ten aanzien van de vormgeving van goederenrechtelijke rechten. Door de wettelijke verankering van een rol voor de partijautonomie in het goederenrecht is de numerus clausus dus wel enigszins van karakter veranderd.

203 W. Snijders, t a p (2002), p. 57-58. "Uitgangspunt dient te zijn dat het vermogensrecht van 1992 een open karakter heeft, zelfs waar eigendom en beperkte rechten in beginsel een (half) gesloten stelsel vormen." In § 2.5.3 is al geconstateerd dat Snijders niet duidelijk maakt waarom eigendom en de beperkte rechten uit de boeken 3 en 5 BW wel maar andere volledige en beperkte rechten niet tot een numerus clausus dwingen. Hij maakt geen teleologische koppeling naar de belangen die met de geslotenheid van het systeem worden gediend, zoals het door hem wel genoemde uitgangspunt van vrijheid van handel en bedrijf. De geslotenheid blijft daarmee steriel.

204 A w, § 1 (inleiding), p. 27. Vgl. A. S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, oratie Utrecht 1992, p. 30 en 31. "Wat ik heb willen onderstrepen is de *openheid* van het nieuwe stelsel, een openheid die haar weerga in geen enkel mij bekend Burgerlijk Wetboek kent. Wie de tekenen van wet en wetsgeschiedenis verstaat behoeft geen vrees te koesteren voor legisme en letterknechterij ( ) de toekomstige juristen die tot een legistische toepassing van het nieuwe BW zouden willen geraken, zullen niet handelen naar de geest waarin

Men kan zich afvragen of nog van 'uitleg van de wet' kan worden gesproken wanneer de wet wordt beschouwd als bevoegdheidsbeperkend in plaats van bevoegdheidsverlenend.<sup>205</sup> In deze benadering geldt namelijk als vuistregel: wat niet in de wet staat, kan en mag en is rechtsgeldig. Uitleg van de wet is dan eigenlijk uitleg van wat niet in de wet staat.

Snijders heeft zijn ideeën nogmaals uiteengezet in 2005. Daarin gaat hij op dit punt nog een stap verder dan in 2002. Zijn slotoverpeinzing luidt aldus:

"In alle onderdelen van dit opstel gaat het om belangrijke algemene gezichtspunten waarover BW en/of de parlementaire stukken niets of nauwelijks iets zeggen. Dat heeft het voordeel dat de wetgever aldus toekomstige wetstoepassers die met nieuwe ontwikkelingen te maken krijgen, niet onnodig voor de voeten loopt. Juist algemene gezichtspunten kunnen snel verouderen. Het veronderstelt evenwel een nog al vrije houding tegenover de wet. Juist op deze algemene punten past geen legisme. *Wie aanneemt dat niet kan, wat niet in de wet staat, bevindt zich op een dwaalspoor.* De vraag of zonder wettelijke basis nieuwe exclusieve rechten kunnen worden aanvaard, illustreert dat. Dergelijke rechten ontleen hun ontstaan en rechtvaardiging aan de praktijk van het maatschappelijk leven. De rechtspraak pleegt dergelijke rechten dan ook te erkennen, de literatuur heeft er vaak moeite mee. De aanpak van de rechtspraak verdient verre de voorkeur."<sup>206</sup>

Snijders gooit het hier niet meer over de boeg van uitleg, maar stelt recht-toe rechtaan dat de wet slechts grenzen stelt: in beginsel kan alles, tenzij de wet het verbiedt. Aan de wet wordt hiermee een marginale rol toegekend, omdat de wet bevoegdheden beperkt in de marges van de partijautonomie. Naar mijn mening komt dit standpunt, mede in het licht van de Nederlandse opvattingen over de *trias politica*, neer op een *Umwertung aller Werte*.

Met deze grote woorden wordt tegengewicht geboden aan het grote woord van Snijders: het verwijt van legisme, gezien de vrijwel algemene afkeer die het legisme tegenwoordig ten deel valt, neigt naar retorica. Voor zover Snijders heeft bedoeld de auteurs die de erkenning van de domeinnaam afwijzen met een beroep op het gesloten stelsel van absolute rechten, te manen om meer onderbouwing en uitwerking te geven aan dit argument, verdient hij bijval: deze studie is van begin tot einde een poging daartoe. Heeft Snijders echter beoogd om de rol van de wetgever te minimaliseren, dan stuit hij mijnerzijds allereerst op onbegrip en vervol-

---

het wetboek is ontstaan en naar de bewoordingen waarin die geest tot uitdrukking is gebracht."

205 Zie reeds § 8.1.4 ('systematische rechtsvinding en der negativer Satz').

206 W. Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht, WPNR 6608 (2005), p. 101, § 14. Cursivering toegevoegd.

gens op verzet. Gezien de vele argumenten voor het primaat van de wetgever wordt idealiter vastgehouden aan wetgeving als exclusieve bron voor bevoegdheden, in het bijzonder in de vorm van goederenrechtelijke rechten. De rechtszekerheid die bij goederenrechtelijke rechten meer nog dan bij verbintenissen in het geding is, met name van derden, vergt wettelijke bepalingen als rechtsbron.<sup>207</sup>

De consequentie van het primaat van de wet is dat het initiatief tot rechtsvorming vooral door de wetgever genomen behoort te worden. Het primaat van de wet betekent in dynamische zin het primaat van de wetgever bij de rechtsvorming. Daarom kan het exclusieve karakter van de rechtsvormende taak van de wetgever worden gezien als een dynamische vorm van legisme. Hiermee vervalt het belangrijkste bezwaar tegen het legisme: een actieve wetgever heeft oog voor gewijzigde omstandigheden en nieuwe maatschappelijke behoeften van goederenrechtelijke aard.<sup>208</sup> Desgewenst kan daarin door middel van nieuwe wetgeving worden voorzien. Dynamisch legisme is positief te waarderen, omdat het een fundament vormt voor de rechtsstaat en de 'rechtsstatelijke kwaliteit' van het recht. Legisme heeft dan minder te maken met beknotting van de vrijheden van een rechter bij uitleg van de wet of met inperking van het instrumentarium dat in de wet aan de rechter ter beschikking is gesteld, en meer met de wenselijkheid om aan nieuwe rechtsfiguren van goederenrechtelijke aard een wettelijke regeling ten grondslag te leggen. Wetgeving biedt ruimte voor rechtspolitieke keuzen voor de inrichting van het rechtsverkeer en wetssystematische inbedding van nieuwe rechtsfiguren. Een streven naar legislatief activisme vormt de kern van dit pleidooi voor legisme met betrekking tot het goederenrecht.

Snijders lijkt thans, bijna twee decennia na voltooiing van het BW, alsnog de handdoek in de ring van de wetgever te gooien. Gezien ook zijn andere publicaties in de loop der jaren lijkt hij steeds vrijere rechtsvinding

207 Snijders, a w (2002), refereert nog aan de rechtszekerheid. Het recht, wil het aan zijn maatschappelijk doel beantwoorden, kan nu eenmaal niet meer zekerheid bieden dan in zijn aard ligt, ook als het gaat om een recente codificatie. Zie over deze oneliner van Bregstein uitvoerig de oratie van W. Snijders, De betrekkelijke waarde van de wet in euroland, 2001. De geciteerde stelling is uiteraard waar, maar hiermee is niet gezegd dat ook een open stelsel acceptabel is, daarmee zou de rechtszekerheid geheel overboord worden gezet.

208 Zie in het algemeen over legisme in Nederland: P. C. Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap - Legisme in de Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw, 1982, op p. 46 kort over enige bezwaren; J. M. Milo, Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940, diss. Maastricht, 1997, h. 5, § 1; C. J. H. Jansen, De idealen van E. M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het Burgerlijk Wetboek, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, § 4, Hartkamp, a w, p. 21 en 30.

voor te staan, ook in het goederenrecht. Misschien is hij echter misverstaan wanneer hem een poging wordt toegedicht om afstand te nemen van de wet; zijn benadering kan ook worden verstaan als een alleszins gerechtvaardigde poging om 'zijn' wet te behoeden voor verstarring en zo zijn levensduur te verlengen, uiteraard in het algemeen belang. Een vitale wet kan echter ook worden gewaarborgd door een actieve wetgever die zijn oor te luisteren legt bij de rechtspraktijk en die de verantwoordelijkheid voor passende innovaties door middel van wetgeving deelt met de rechtspraktijk.

## 9.5 De *numerus clausus* als opdracht

In de doctrine wordt het stelsel van het nieuwe Nederlandse goederenrecht tegenwoordig vaak aangeduid als een 'half gesloten stelsel' en zelfs als een 'half open stelsel'.<sup>209</sup> Hiermee wordt dan tot uiting gebracht dat de wetgever de wettelijke grenzen waarbinnen de partijen inhoud kunnen geven aan de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten heeft verruimd.

Wanneer het dogma op deze wijze wordt ingevuld, dreigt de *numerus clausus* een steriel begrip te worden, een "platitute".<sup>210</sup> De *numerus clausus* wordt zo verstaan als de dwingendrechtelijke afbakening van de grenzen van de partijautonomie in het goederenrecht op het niveau van de begripsomschrijvingen van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten. Deze uitleg op het niveau van de definities laat niet toe dat er inhoudelijk sturing aan wordt ontleend, noch door de rechter noch door de deelnemers aan het rechtsverkeer. Behoudens de algemene restricties van het voldoende verbandvereiste en het subtractieprincipe, die in hoofdstuk 6 zijn beschreven, wordt niet duidelijk hoe ver de vrijheid van partijen gaat. Het dogma van de *numerus clausus* geeft zo onvoldoende inzicht in wat binnen de grenzen van de begripsomschrijvingen van de verschillende typen goederenrechtelijke rechten wel en wat niet kan. Bovendien

---

209 Zie voor verwijzingen § 6.4. De stelling dat er een *numerus apertus* is gaan gelden, of althans, dat het stelsel minder gesloten is geworden, is eigenlijk alleen maar waar voor zover daarmee wordt bedoeld dat in het nieuwe BW verschillende vereisten voor specifieke typen goederenrechtelijke rechten uit het wettelijke scala zijn versoepeld.

210 De kwalificatie 'platitute' komt van W.J. Zwalm, *Import van 'Lease' en 'Sale & Lease Back'*, in: *Import en export van burgerlijk recht*, BW-Krant Jaarboek 13 (1997), p. 36, in het kader van "de 'ware duiding' van art. 3:84 lid 3 BW. Afgezien van de vaststelling dat ons recht een gesloten stelsel van zakelijke rechten kent (een platitute), valt er eigenlijk met dat artikel weinig te doen, het is slechts van rechtshistorische betekenis."

betreft de *numerus clausus* gezien op het niveau van de definities slechts de vormgeving van de goederenrechtelijke rechten; het dogma zegt niets over de wijze van vestiging, het voortbestaan, de uitoefening en het tenietgaan van de beperkte rechten, terwijl deze wel deel uitmaken van het gesloten systeem. Het is daarom nuttig om te zoeken naar een meer vruchtbare invulling van het dogma.<sup>211</sup>

## 9.5.1 Naar een gesloten systeem van beginselen van goederenrecht

### 9.5.1.1 De sprong naar de beginselen

#### *Een extra dimensie*

De sleutel voor een vruchtbaarder invulling van de *numerus clausus* kan worden gevonden in de verruimde *Gestaltungsfreiheit* in het nieuwe goederenrecht: wanneer de vraag wordt gesteld hoe de betrokken partijen deze vrijheid kunnen invullen, ligt het voor de hand de beginselen van het goederen tot uitgangspunt te nemen. Zij liggen besloten in het stelsel van de wet, dat de grenzen voor partijen aangeeft. Bij de toepassing van de wettelijke regels van het goederenrecht en derhalve ook bij de inhoudelijke invulling van de goederenrechtelijke rechten dienen deze beginselen van het goederenrecht steeds in acht te worden genomen.

Voor het Duitse recht, waarin sinds 1900 verschillende nieuwe typen goederenrechtelijke rechten buiten de wet tot ontwikkeling zijn gekomen, stelt Wiegand dat het niet zinvol is te debatteren over de vraag of bijvoorbeeld een *Anwartschaftsrecht* een zakelijk recht is, wanneer het in het rechtsverkeer al lang als zodanig wordt gezien:

"Das eigentliche Problem liegt vielmehr in der Frage, wie die vor allem im Bereich der beweglichen Sachen eingetretene Entwicklung weiter gesteuert und welche der grundlegenden Prinzipien beibehalten werden sollen, die zusammen mit dem Numerus clausus das Grundgerüst unseres Sachenrechts bilden."<sup>212</sup>

In deze zin ligt inspiratie voor verdere studie besloten. De vormgeving van het goederenrecht dient te geschieden op basis van een analyse van zijn beginselen. Door die beginselen bloot te leggen en er een keuze uit te maken kan men er sturing aan ontleen voor de ontwikkeling van zowel

211 De benadering is niet alleen onvoldoende vruchtbaar, zij gaat ook ten koste van de aard van een dogma: het etiket 'half-open' heeft slechts descriptieve waarde en ontleent aan het dogma van de *numerus clausus* zijn normatieve dimensie.

212 Wolfgang Wiegand, *Numerus clausus der dinglichen Rechte*, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte* (Festschrift Karl Kroeschell), 1987, p. 642.



het geraamte van het goederenrecht als de toepassing van de goederenrechtelijke regels in concrete gevallen.

Op deze wijze krijgt het dogma een extra dimensie die richting kan geven aan de toepassing en de ontwikkeling van het goederenrecht. Het dogma van de *numerus clausus* wordt in directer verband gebracht met de uitgangspunten en de leidende principes, tezamen de beginselen, van het goederenrechtelijk systeem. Deze goederenrechtelijke beginselen vormen het pakket aan waarden en doelen dat door *numerus clausus* wordt geconsolideerd. Binnen de op grond van de *numerus clausus* dwingend vastliggende bandbreedte van deze beginselen wordt de doordachte, zinvolle verdere ontwikkeling van het goederenrecht mogelijk gemaakt. De *numerus clausus* krijgt zo een invulling, niet alleen op het niveau van de definities van de goederenrechtelijke rechten, maar ook op het niveau van het stelsel van het goederenrecht.

### *Sturing in het goederenrecht*

Meer in het bijzonder bieden de beginselen van het goederenrecht richtsnoeren voor de toepassing van het voldoende verbandvereiste en het subtractieprincipe en verder voor de toelaatbaarheid van verzelfstandiging en afsplitsing van bevoegdheden. Bovendien kunnen de beginselen van veel betekenis zijn voor de toepassing van de vage en open normen die ook in het goederenrecht zijn te vinden. Een norm is niet vruchtbaar als daaraan geen sturing ontleend kan worden. Rechtsbeginselen kunnen richting geven aan de toepassing van de open normen en ook alle andere regels in het wetboek.

Beginselen van het goederenrecht zijn bovendien van groot belang voor de toepassing van de Q/tP-formule voor wetsuitleg. Zoals vermeld, presenteert W. Snijders de maatstaf uit Quint/Te Poel als leidend principe voor rechtsvinding in het hele vermogensrecht, ter onderbouwing van zijn standpunt dat het stelsel van het vermogensrecht open is:

"Bij de vraag of een nieuwe rechtsfiguur in ons recht is in te passen, komt men steeds weer uit bij de klassieke maatstaf of deze figuur in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. (...) Die maatstaf legt de nadruk op twee aanknopingspunten: op inpassing in het stelsel van de wet en op vergelijking met daarvoor in aanmerking komende andere gevallen."<sup>213</sup>

---

213 W. Snijders, De openheid van het vermogensrecht - Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 2002, § 13, p. 57-58 (slotbeschouwing).

Hierbij merkt hij nog op dat ook consistentie van het stelsel van de wet een rol speelt.<sup>214</sup>

Bij een dergelijke benadering voor wetsuitleg in het goederenrecht moeten naar mijn mening kanttekeningen worden geplaatst. Het gevaar bestaat dat teveel nadruk komt te liggen op het tweede aanknopingspunt, doordat wordt volstaan met een zoektocht in de wet naar vergelijkbare gevallen. Het gegeven dat het recht van erfpacht een potentieel eeuwigdurende bevoegdheid tot vruchttrekking toekent aan de erfpachter betekent niet dat dit ook mogelijk moet zijn voor het recht van opstal, mede gezien de duurbeperingen die gelden voor het recht van vruchtgebruik. In de *numerus clausus* moeten de verschillen tussen de wettelijke typen een grotere rol spelen dan de overeenkomsten. De typendiversiteit vloeit voort uit de wens van de wetgever, ingegeven door de rechtspolitieke belangen die met een *numerus clausus* worden gediend, tot kanalisatie van de typen goederenrechtelijke rechten. Het 'doortrekken van de wettelijke lijnen' is daarom in het goederenrecht problematisch. Aan catalogisering van de goederenrechtelijke rechten en constructies kunnen niet steeds aanwijzingen worden ontleend voor de rechtsgeldigheid van een te beoordelen partijarrangement op grond van het wettelijke stelsel.<sup>215</sup>

Meer gewicht dient te worden toegekend aan het andere aanknopingspunt van de Q/tP-formule, het stelsel van de wet, *mits* deze verwijzing naar het stelsel van de wet wordt verstaan als mede een verwijzing naar de beginselen van het goederenrecht.<sup>216</sup> De vermelding van het stelsel van de wet is naar mijn mening op zich nog te vaag en te weinig richtinggevend. Het zijn de beginselen die de fundamentele vormen van het wettelijk systeem, die mede bepalend moeten zijn voor de uitleg van de wet. Vermoedelijk is dit criterium uit Quint/Te Poel ook zo bedoeld geweest.<sup>217</sup>

214 W. Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht, WPNR 6608 (2005), op p. 101, § 14; de zin volgend op het eerder in § 9.4.5 gegeven citaat.

215 Zie ook het citaat uit Heck in de inleiding van § 8.1.

216 J.M. Smits, Bronnen van verbintenissen, Mon. Nieuw BW A-2, 2003, § 18, stelt dat met dit aanknopingspunt in Quint/Te Poel is bedoeld op de mate waarin een nieuwe verbintenis past in het recht, zoals dat in het licht van het heersende juridisch cultuurbeeld moet worden opgevat; "Dat een nieuw aan te nemen verbintenis moet passen in het stelsel van de wet betekent mijns inziens dat steeds moet worden bezien wat de maatschappelijke overtuigingen meebrengen en welke doelen wij met ons vermogensrecht wensen na te streven." M.i. dient ook dit aanknopingspunt 'juridisch-technisch' te worden ingevuld met de beginselen van het goederenrecht. Overigens geven rechtsbeginselen naar hun aard directer uiting aan rechtspolitieke keuzen en maatschappelijke doelen dan rechtsregels. In zoverre sluit mijn benadering aan op die van Smits.

217 Het arrest Quint/Te Poel is gewezen op 30 januari 1959. Op 4 november 1954 was door Meijers zijn ontwerp voor een inleidende titel bekend gemaakt. Art. 5 lid 2 daarvan luidde: 'Toepassing van rechtsbeginselen die aan wetsvoorschriften ten

Opdat de beginselen niet onderbelicht blijven, verdient het aanbeveling om de beginselen, hier van het goederenrecht, uitdrukkelijk als derde aanknopingspunt binnen de Q/tP-maatstaf te presenteren

### *Rechtsbeginselen als methode van rechtsvinding*

De suggestie om gebruik te maken van rechtsbeginselen voor de uitleg van bepalingen van goederenrecht zal onvermijdelijk stuiten op twee bezwaren vanuit rechtstheoretische hoek. Het eerste bezwaar is dat het schijnbaar onmogelijk is gebleken om een heldere afbakening van het begrip rechtsbeginsel te geven, in Nederland is zelfs Paul Scholten daar niet uitgekomen. Rechtsbeginselen blijken in soorten en maten te bestaan op verschillende niveau's. Al verschillende keren is gerefereerd aan wat ik de premissen van het recht noem, geïnspireerd door de desiderata die door Fuller zijn geformuleerd. Verder wordt bijvoorbeeld door Vranken en Nieuwenhuis onderscheid gemaakt tussen de algemene voor het gehele burgerlijke recht geldende principes, zoals rechtszekerheid, evenredigheid en bescherming van opgewekt vertrouwen, en karakteristieke eigenschappen, die zijn beperkt tot bepaalde leerstukken of delen van het vermogensrecht, zoals de beginselen van accessoriteit en publiciteit bij zekerheidsrechten.<sup>218</sup>

Het tweede bezwaar is dat fundamentele onenigheid bestaat over de waarde van rechtsbeginselen voor rechtsvinding. Dit debat is een gevolg van de theorie van Ronald Dworkin dat *hard cases* waarvoor de regels geen antwoord bieden, altijd kunnen worden opgelost met behulp van de rechtsbeginselen die aan die regels ten grondslag liggen.<sup>219</sup> Hierbij maakt Dworkin een scherp onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen.<sup>220</sup>

Deze debatten en begripsmatige onzekerheden moeten de goederenrechtsgeleerde niet beletten om een studie te maken naar de beginselen van het goederenrecht. Rechtsbeginselen van een bepaald rechtsgebied

---

grondslag liggen, geldt als toepassing van die voorschriften. Deze wijze van toepassing is slechts geoorloofd, wanneer de wet niet rechtstreeks in het gegeven geval voorziet.' Zie over de redenen waarom art. 5 later overbodig werd geacht de MvT Inv. bijafd. 3.1.1 (d.d. 9 juli 1982), PG Inv. 3, p. 1022, sub 5.

218 Asser-Vranken, Algemeen deel \*\*, 1995, nrs. 131-140, Nieuwenhuis, diss., p. 5-6.

219 Zie m.n. Ronald Dworkin, *Hard cases*, HLR 88 (1975) p. 1057-1109, en *Taking Rights Seriously*, 1977, en *Law's Empire*, 1986. Zie voor een uiteenzetting van de toepasbaarheid van de theorie van Dworkin en van de waarde van rechtsbeginselen voor rechtsvinding ook Edwige Burg, *The Model of Principles - The quest for rationality in the implementation of conflicting principles*, diss. UvA, 2000.

220 Zie voor een overzicht van de discussie over de vraag of logisch onderscheid bestaat tussen regels en beginselen de bijdragen aan *Rechtsbeginselen*, *Ars Aequi* 40 (1991), Bijzonder nummer.

leveren in veel gevallen extra gezichtspunten op voor de toepassing en de uitleg van rechtsregels. Hier komt nog bij dat de Q/tP formule van de Hoge Raad voor uitleg van de wet dwingt tot analyse van het stelsel van de wet. Hiermee komt men dicht bij de dogmatische rechtsvinding op grond van rechtsbeginselen

Bovendien geven rechtsbeginselen, hoe ook gedefinieerd, nieuwe perspectieven voor de invulling van de motiveringsplicht voor rechters en daarmee ook voor gebruikers van goederenrechtelijke rechten en vernieuwende goederenrechtelijke constructies<sup>221</sup> Gezien de band van rechtsbeginselen met rechtspolitieke doeleinden en ethische keuzes tussen de belangen die op het spel staan, kan meer aandacht voor de beginselen van het goederenrecht de rechtsontwikkeling ten goede komen De *numerus clausus* wordt hiermee losgeweekt uit het pandektistische verleden en verheven tot vehikel van belangenafwegingen

Met de sprong van de *numerus clausus* naar de beginselen van het goederenrecht wordt een dimensie toegevoegd aan de betekenis van het dogma Het geeft dan niet meer alleen uiting aan de dwingendrechtelijke beperking van het aantal typen goederenrechtelijke rechten tot de in de wet geregelde en daarmee aan het primaat van de wetgever, ook schept het dogma het kader voor beginselen waaraan sturing kan worden ontleend bij de uitleg van de wet De beginselen verschaffen de rechter de instrumenten die hij nodig heeft om het goederenrecht enerzijds te begrijpen en anderzijds toe te passen, rekening houdende met maatschappelijke ontwikkelingen in het licht van de rechtspolitieke keuzen die ten grondslag liggen aan de verschillende beginselen van het goederenrecht

9512 De beginselen van het Nederlandse goederenrecht een voorschot

### *Het zwarte gat in de doctrine*

Wanneer deze extra dimensie aan de *numerus clausus* wordt gegeven, rijst onmiddellijk de vraag welke de beginselen van het goederenrecht zijn Men verwacht wellicht dat het antwoord op deze vraag gesneden koek is en dat een *communis opinio* is gevormd over het bestaan en de inhoud van de beginselen van het goederenrecht Dat is echter niet het geval In de wet zijn de algemene beginselen en uitgangspunten niet of nau-

---

221 Hetzelfde geldt voor andere gesloten stelsels die in § 242 als verwant aan de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten zijn aangemerkt, met name het gesloten stelsel van rechtspersonen Het gaat in beide gevallen om een stelsel van verwante typen rechtsfiguren met coherente uitgangspunten en fundamentele rechtsbeginselen waarvan het hele rechtsgebied is doortrokken

welijks tot uitdrukking gebracht.<sup>222</sup> Ook in de literatuur in Nederland is het goederenrecht tot op heden niet of nauwelijks op structurele wijze in termen van zijn beginselen geanalyseerd. Alleen bij Suijling treft men in het eerste hoofdstuk van zijn inleiding in het zakenrecht een overzicht van algemene beginselen.<sup>223</sup> Na de interpretatieve waarde van algemene beginselen in het zakenrecht te hebben benadrukt, bespreekt hij "enkele groote algemeene beginselen":

- 1 het dwingende karakter van het zakenrecht,
- 2 de overdraagbaarheid van eigendom en zakelijke rechten, en de mogelijkheid van uitsluiting van de overdraagbaarheid van vorderingsrechten,
3. het individualiteitsbeginsel,
- 4 het totaliteitsbeginsel ten aanzien van een zaak als object van recht (het eenheidsbeginsel),
- 5 het beginsel der juridieke onsplitsbaarheid van zakelijke rechten,
- 6 het prioriteitsprincipe,
- 7 de regel dat geen zakelijke rechten bestaanbaar zijn op een eigen zaak,
- 8 de verschillende behandeling van roerend en onroerend goed,
- 9 de abstracte aard van de zakenrechtelijke overeenkomst,
- 10 het definitief karakter van zakenrechtelijke overeenkomst van overdracht de regel dat aan een overdracht niet een ontbindende voorwaarde of een eindtermijn mag worden toegevoegd (het beginsel der onherroepelijkheid van de zakenrechtelijke overeenkomst van overdracht),
- 11 het publiciteitsprincipe

De door Suijling genoemde algemene beginselen van zakenrecht zijn zo divers dat de opsomming, hoewel interessant gezien haar uniciteit in de Nederlandse doctrine, betrekkelijk willekeurig lijkt en in ieder geval geen

---

222 Veelzeggend is dat bij de beschrijving van de opzet van het nieuwe Nederlandse vermogensrecht door A S Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon Nieuw BW A-1, 3<sup>e</sup> druk 2002, § 11, p. 24, het volgende citaat van Coing (bij Staudinger, Einleitung nr. 68) te vinden is "Selbstverständliches - und darunter hat man zum Teil auch die leitenden Prinzipien verstanden - wird nicht gesagt " Zie ook W. Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht, WPNR 6607 (2005), § 1, p. 79 'Over de fundamentele problemen waarom het hier gaat, heeft in de regel bij de totstandkoming van ons huidig vermogensrecht nauwelijks enige discussie plaats gevonden. Is er een bepaling opgenomen, zoals het hiervoor genoemde artt. 3:6 en 3:83, dan is de parlementaire geschiedenis van die artikelen meestal bepaald teleurstellend. De juristenwereld moet het hier dus hebben van eigen inventiviteit. Dat past op zichzelf wel weer bij wat de ontwerpers van dit stuk BW voor ogen heeft gestaan. De bedoeling van de nieuwe wetgeving was immers mede een kader te scheppen waarin ook toekomstige ontwikkelingen goed zouden kunnen worden opgevangen. Dat kan alleen als men toekomstige wetstoepassers niet te veel voor de voeten loopt. Dat verklaart waarom juist algemene gezichtspunten vaak onderbelicht zijn gebleven."

223 J. Ph. Suijling, 5<sup>e</sup> Stuk, Zakenrecht, 1940, § 9, nrs. 74-87

doordachte set van richtsnoeren geeft voor de uitleg en de interpretatie van normen van goederenrecht.

Een andere bron van informatie over de algemene rechtsleer van het Nederlandse goederenrecht is het recht van Zuid-Afrika. In zijn handboek over zakenrecht vermeldt C.G. van der Merwe dat het Zuid-Afrikaanse zakenrecht vrijwel geheel voortkomt uit het Rooms-Hollandse recht; de invloed van het Engelse recht op het goederenrecht is gering, anders dan de invloed op het contractenrecht en het rechtspersonenrecht.<sup>224</sup> Van der Merwe noemt zes basisbeginselen van het zakenrecht: numerus clausus, absoluutheid, publiciteit, bepaaldheid, overdraagbaarheid en abstractheid (het abstracte stelsel van overdracht).

Suijling verwijst niet naar Duitse bronnen, maar Van der Merwe wel. Slaat men de Duitse handboeken erop na, dan blijken ze vrijwel allemaal te beginnen met een uiteenzetting van de beginselen van het zakenrecht, hoewel niet steeds precies dezelfde. Ondanks de gelijkenissen van het Nederlandse vermogensrecht met het Duitse en de gemeenschappelijke doctrinaire wortels, zal een zelfstandige analyse van het Nederlandse goederenrecht moeten worden gemaakt om de daaraan ten grondslag liggende beginselen te vinden.

### *Rechts(beginselen)vinding*

Een analyse van de beginselen van het goederenrecht vergt dogmatische studie in de zin die Langemeijer aan het begrip 'juridische dogmatiek' heeft toegekend: een stelselmatige bewerking van het positieve recht met het doel daaruit nog andere lering te putten dan zijn voorschriften onmiddellijk uitdrukken.<sup>225</sup> Deze vorm van juridische dogmatiek berust niet alleen op zuiver logische inductie en deductie, maar ook op het zich steeds inleven in de waardeoordelen van de wetgever, of van wetgever en rechtspraak tezamen. Bovendien pretendeert deze benadering niet een volstrekt dwingende bewijsvoering te leveren; het doel is slechts een aantal bij de rechtsvinding meewerkende factoren aan te dragen. Deze 'factoren' zijn dan de beginselen van het Nederlandse goederenrecht die de elementen vormen van het goederenrechtelijk systeem.

224 C.G. van der Merwe, *Sakereg*, 2<sup>e</sup> druk 1989, p. 10-16

225 G.E. Langemeijer, *Juridische dogmatiek*, 1961, Mededelingen KNAW, no. 10, p. 23. De visie van Langemeijer over de betekenis, de functie en het belang van dogmatiek heeft in belangrijke mate tot inspiratie gediend, evenals de dogmatische benadering van J. Eggens, iets over de verhouding van wet en recht, in verband met 'ongerechvaardigde verrijking' en 'misbruik van dwangpositie', in WPNR 4704-4705 (1962) en in de Eggensbundel, 1998, p. 474 e.v.

Voor het proces van inductie geeft Langemeijer nog enige belangrijke wenken.<sup>226</sup> Het gaat om "het opsporen van niet in de wet uitgedrukte, maar uit haar af te leiden beginselen", "de belangenafwegingen die in onze eigen wet wel niet zijn uitgedrukt, maar die wij toch daarachter kunnen vermoeden." Volgens Langemeijer gaat het niet om een puur cognitieve werkzaamheid:

"Het oordeel, dat een aantal concrete rechtsvoorschriften zich laten herleiden tot een meer algemeen beginsel is altijd slechts mogelijk, wanneer wij minst genomen ons erin kunnen verplaatsen, dat een wetgever zich welbewust door dat beginsel zou hebben laten leiden. Dat wij ermee instemmen is niet nodig, maar wél moet het zo zijn, dat wij er een ernstig verdedigbare houding in kunnen herkennen. Het zal zelfs zo kunnen zijn, dat eerst de aannemelijkheid van het beginsel ons invalt en wij het daarna in de wetgeving kunnen traceren."<sup>227</sup>

Wanneer men de beginselen in het systeem van de wet onderkent en ook de achterliggende belangenafweging in beeld krijgt, kunnen beginselen behulpzaam zijn om rechtsregels te vertalen naar de achterliggende belangen.

### *Hypothese*

Na uitvoerig onderzoek, waarvan de weerslag uiteindelijk slechts ten dele in deze studie is opgenomen, is mijn hypothese dat het Nederlandse goederenrecht zeven beginselen kent, waarvan de laatste drie een wat groter gewicht hebben dan de eerste vier, die ook kenmerken zouden kunnen worden genoemd. Onder de vlag van ieder beginsel kunnen allerlei wettelijke bepalingen en rechtsregels worden samengebracht op basis van hun gemeenschappelijke ratio. Sommige regels houden verband met meer dan één beginsel. De beginselen zijn daardoor wel te onderscheiden, maar niet steeds strikt te scheiden.

Ten eerste het *causaliteitsbeginsel*: kenmerkend voor het Nederlandse goederenrecht is dat voor overdracht, de vestiging van beperkte rechten en afstand daarvan het causale stelsel geldt. Bij de dogmatische analyse van het vermogensrecht vallen ook de verschillende vormen van goederenrechtelijke werking van rechtswege onder de reikwijdte van het causali-

226 A.w., p. 16-18

227 T a p Zo bezien zijn alle beginselen *dogmata* in klassieke zin: een waarheid waarvan men ontdekt dat zij waar is wanneer men die waarheid neemt als uitgangspunt. Zoals door Langemeijer verwoord, geldt ook voor rechtsbeginselen dat men hun bestaan ontdekt wanneer men bereid is te aanvaarden dat ze bestaan. Een 'negatieve grondhouding' en een focus op de letter van de wet staan aan het vinden van rechtsbeginselen in de weg.

teitsbeginsel, zoals de goederenrechtelijke werking ingeval van de vervulling van een voorwaarde in de levering en de uitoefening van het recht van reclame.<sup>228</sup>

De ratio van het causale stelsel houdt verband met de legitimatieleer in het kader van de bescherming van de verkrijger van een roerende zaak tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. De legitimatieleer brengt mee dat de verkrijger alleen wordt beschermd indien hij op basis van de feitelijke macht van de vervreemder mocht vertrouwen dat deze als eigenaar beschikkingsbevoegd was. Het belangrijkste argument ten gunste van het causale stelsel en in verband daarmee de legitimatieleer is een common sense-argument, dat wellicht als een aspect van de billijkheid is te beschouwen: de overdracht van eigendom komt niet uit het niets, maar is gebaseerd op de veronderstelling van de vervreemder dat een feit of een rechtshandeling bestond die hem tot overdracht verplichtte. Het causaliteitsbeginsel brengt vervolgens mee dat de levering in beginsel geen overdracht tot gevolg behoort te hebben gehad, wanneer die veronderstelling onjuist blijkt te zijn geweest. Het zou onbillijk en onnatuurlijk zijn om de vervreemder gebonden te achten aan een overdracht die hij, achteraf bezien, nooit werkelijk heeft gewild.<sup>229</sup>

Ten tweede het *leveringsbeginsel*: in Nederland geldt niet het consensuele stelsel zoals in het Franse en het Belgische recht en in sommige opzichten ook in het Engelse recht, maar het stelsel waarin een vorm van levering is vereist, die is toegespitst op de aard van het te leveren goed. Het Nederlandse vermogensrecht kent vier soorten leveringshandelingen en leveringsformaliteiten: ten eerste machtsverschaffing, ten tweede een akte in vier verschillende varianten, ten derde een verklaring, en ten vierde een schriftelijke aantekening.

Reeds aan het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw is onder woorden gebracht waarom in het ontwerp voor een BW uit 1816 in afwijking van het Franse recht werd gekozen voor invoering van het beginsel dat voor overdracht levering wordt vereist. Genoemd werden: "het openbaar belang, de zekerheid

228 Zie ook § 3.6.6.

229 Vgl. H.J. Snijders, Goederenrecht, 2001, nr. 318. het causale stelsel komt "fundamenteel zuiverder voor. Het lijkt in de verhouding tussen degenen die verantwoordelijk zijn voor de titel in het algemeen ook tot de meest billijke resultaten te leiden." Zie over de merites van het billijkheidsargument ook Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 13<sup>e</sup> druk 1992, nr. 285, overgenomen uit eerdere drukken, en in essentie gehandhaafd, zij het niet meer in termen van billijkheid, in 14<sup>e</sup> druk 2001, nr. 238



der bezittingen en de veiligheid der geldschieters".<sup>230</sup> Eerder was al door Hugo de Groot, in de Inleidinge, uiteengezet dat volgens het natuurrecht de wilsverklaring der partijen voor eigendomsovergang genoeg was, maar dat het latere tijdstip van de levering is toegevoegd "teneinde onbedachtzame vervreemding te voorkomen en voor berouw te vrijwaren".<sup>231</sup>

Ten dele komen deze redenen terug in de analyse die Nieuwenhuis heeft gemaakt van de wettelijke regeling van overdracht van roerende zaken:

"Uit de aard van het voorwerp van overdracht, het eigendomsrecht van roerende zaken, vloeit voort dat drie doelen - zoveel mogelijk - moeten worden gerealiseerd Legitimatie van de verkrijger, individualisering van de overgedragen zaken en markering van het tijdstip waarop de verbintenissenrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom"<sup>232</sup>

Met het leveringsvereiste is volgens Nieuwenhuis beoogd duidelijkheid te scheppen over de vragen: aan wie, wat, en wanneer. De legitimatie betreft het rechtssubject aan wie wordt geleverd en de aard van het door hem verkregen recht, de individualisatie betreft het object van de levering en de markering van het tijdstip ziet op de vermogensovergang.

Naar mijn mening kent het leveringsbeginsel nog een vierde aspect dat bestaat uit bescherming van de vervreemder tegen zichzelf, zoals reeds door De Groot verwoord. Sommige leveringsformaliteiten dwingen de verkoper tot een nader moment van bezinning alvorens de overdracht wordt geëffectueerd. Hij heeft zich dan weliswaar al obligatoir gebonden, maar daarmee is zonder nadere leveringshandeling nog geen onherroepelijke vermogensovergang bewerkstelligd. In bijzondere omstandigheden biedt het verbintenissenrecht mogelijkheden om deze bescherming van

---

230 MvT bij het ontwerp 1820, zoals weergegeven in Voorduin, Boek I, stuk 1, p. 195, en te vinden in H. Cohen Jehoram, *Over codificatie - van voor Portalis tot na Meijers*, 1968, p. 65.

231 *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, uitgave 1631 (kleine afwijkingen in de spelling in de uitgave van 1651), Twede Boeck, Vijfde Deel, Van 't Bekomen door wille des voorgigen Eigenaers, eerste alinea (II 5 2) "( ) Maer de Burger-wet, meerder macht hebbende over yders goed als den eighenaer selve, zoeckende alle onbedachte vervremdinghen te voorkomen, ende de luiden voor het berou te bewaren, heeft gewilt dat den eersten eigenaer den tweede tot het dadelicke bezit moste doen komen, 't welck heet leevering of opdrachte, oversulcx en kan de toesegginge alleen nu niemand eigene ofte vesten ( )" Een noot bij de term 'leevering' vermeldt *Traditio*.

232 J. H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu - Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, oratie KUB 1980, p. 7-8 en p. 80, nader uitgewerkt op p. 22-27 en 84-86.

de verkoper handen en voeten te geven. Hierbij komt het toezicht van de notaris bij de levering van sommige typen goederen, die de verkoper helpt ook andersoortige ongelukken te voorkomen.

Ten derde het bepaaldheidsbeginsel of *individualiseringsbeginsel*. Het wettelijke aanknopingspunt voor dit beginsel is art. 3:84 lid 2 BW, dat wordt verstaan als de regel dat een over te dragen goed bij de levering met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven. Het individualiseringsbeginsel heeft ook een grote rol gespeeld in het arrest Teixeira de Mattos.<sup>233</sup> Verder houdt de jurisprudentie ten aanzien van de levering van toekomstige vorderingen, beginnende met het arrest Fijn van Draat q.q. uit 1932, dat het vereiste van een reeds bestaande rechtsverhouding introduceerde, rechtstreeks verband met het bepaaldheidsvereiste.<sup>234</sup>

Het bepaaldheidsbeginsel heeft in het afgelopen decennium aanzienlijk aan betekenis ingeboet, doordat de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste bij de verpanding van goederen heeft vervangen door het vereiste van voldoende bepaalbaarheid. Deze jurisprudentie betreft in het bijzonder de mate waarin te verpanden vorderingen moeten worden gespecificeerd in de voor verpanding vereiste akte. Een lange reeks arresten die begon met het arrest Spaarbank Rivierenland uit 1994 en eindigde met het arrest Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn uit 2002 heeft gestalte gegeven aan een versoepeling van het bepaaldheidsvereiste.<sup>235</sup> Thans staat vast dat de te verpanden vorderingen en de rechtsverhoudingen waaruit zij voortvloeien niet behoeven te worden gespecificeerd in de pandakte of een daaraan gehechte lijst. Evenmin is nodig dat het aantal vorderingen of het totale bedrag dat de te verpanden vorderingen vertegenwoordigen, is opgenomen in de akte of een daarbij gevoegde lijst. Voldoende is dat aan de hand van objectieve gegevens kan worden vastgesteld, eventueel achteraf, welke vorderingen binnen de reikwijdte van de verpanding vallen.

De functie van het individualiseringsbeginsel is in ieder geval de identificatie van het goed dat wordt geleverd. Een bepaaldheidsvereiste kan ook een beschermingsfunctie vervullen, maar deze gaat vrijwel geheel verloren zodra de rechtsregel wordt aanvaard dat bepaalbaarheid, even-

233 HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Teixeira de Mattos). Zie ook HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m.nt. WMK (Potharst/Serrée), r.o. 3.7.

234 HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 m.nt. PS (Fijn van Draat q.q./'De Nederlanden').

235 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.nt. WMK (Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.), respectievelijk HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 m.nt. WMK (Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn).

tueel achteraf, voldoende is.<sup>236</sup> Deze maatstaf betekent voor de levering van toekomstige goederen dat het mogelijk wordt om al bij voorbaat alle handelingen en formaliteiten voor overdracht te verrichten zonder dat op dat moment vaststaat om hoeveel goederen het gaat. De bepaalbaarheidsmaatstaf laat immers toe dat de vervreemder bij voorbaat alle goederen van een bepaalde soort die hij ooit in de toekomst zal verkrijgen, levert aan een ander. Slechts voor de stille verpanding van vorderingen geldt nog de wettelijke restrictie dat de te verpanden toekomstige vorderingen rechtstreeks zullen voortvloeien uit een ten tijde van de vestiging van het pandrecht reeds bestaande rechtsverhouding. Dezelfde beperking is inmiddels ook gaan gelden voor de door de wetgever mogelijk gemaakte cessie zonder mededeling. De versoepeling van het bepaaldheidsvereiste geldt kennelijk niet alleen voor de vestiging van zekerheidsrechten, maar ook voor de overdracht van goederen.

Desalniettemin blijft individualisering een uitgangspunt voor verschillende regels in elk goederenrechtelijk systeem. Het bepaaldheids- of individualiseringsbeginsel brengt daardoor nog steeds verschillende wettelijke bepalingen en rechtsregels samen.

Ten vierde het *onsplitsbaarheidsbeginsel*. Dit beginsel is uitvoerig aan de orde gekomen in hoofdstuk 7. Dit beginsel is zodanig verwant aan de *numerus clausus*, dat het er soms mee wordt geïdentificeerd. Het dogma van de *numerus clausus* wordt dan verwoord als het beginsel dat men rechten slechts op de in de wet voorgeschreven wijzen kan splitsen, bijvoorbeeld door de vestiging van een beperkt recht. Het gaat om de afsplitsing van bevoegdheden.

Onder de reikwijdte van het *onsplitsbaarheidsbeginsel* kan echter ook het eenheidsbeginsel worden gebracht. Het eenheidsbeginsel brengt met zich dat een zaak ook in juridisch opzicht als een eenheid wordt beschouwd. De verschillende bestanddelen van een zaak zijn niet ieder een afzonderlijke zaak in juridische zin; de bestanddelen zijn door natrekking opgegaan in de juridisch zelfstandige hoofdzaak. Het eigendomsrecht op de zaak omvat dan mede de bestanddelen, zo volgt uit art. 5:3 BW, waarin het eenheidsbeginsel is neergelegd. Zolang de bestanddelen deel uitmaken van de eenheidszaak, kunnen ze niet zelfstandig worden overgedragen of bezwaard met beperkte rechten. Indien geen feitelijke splitsing heeft plaatsgevonden, kan de eenheidszaak in juridische zin niet worden gesplitst doordat goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden worden

---

236 Zie voor verwijzingen § 9.5.2.

verleend ten aanzien van een onzelfstandig gedeelte van die zaak, tenzij de wet daartoe een bijzondere mogelijkheid geeft.

De onmogelijkheid om bevoegdheden ten aanzien van een goed anders dan in de vorm van een beperkt recht toe te kennen aan een ander en de onmogelijkheid om rechten te vestigen anders dan ten aanzien van een goed als geheel zijn uiteindelijk op hetzelfde beginsel terug te voeren. De gemeenschappelijke ratio van beide aspecten van onsplitsbaarheid is de bevordering van enerzijds de rechtszekerheid voor derden en anderzijds de verhandelbaarheid van goederen.

Ten vijfde het *goederenrechtelijk autonomiebeginsel*. Ook dit beginsel is een hendiadys. Het brengt twee leerstukken samen die voor de goede systematische orde in het nieuwe BW strikt uit elkaar worden gehouden: overdraagbaarheid in de zin van art. 3:83 BW en beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 BW. Dit onderscheid, dat pas in de laatste decennia scherp wordt gemaakt, is in wetsorganisatorisch opzicht functioneel, maar mag niet verhullen dat aan beide leerstukken dezelfde rechtspolitieke belangenafweging ten grondslag ligt. Het gaat dan om de wens van de wetgever om de verhandelbaarheid van goederen te faciliteren en daarmee de handel en de industrie te bevorderen. Met deze ratio houdt ook de rechtszekerheid verband, die wordt gediend met de organisatorische functie van art. 3:83 BW.<sup>237</sup> Het tweeledige goederenrechtelijk autonomiebeginsel omvat dan alle rechtsregels die betrekking hebben op de overdraagbaarheid van goederen en de bevoegdheid om over goederen te beschikken, waaronder de in § 7.8.3 besproken mogelijkheden om te beschikken over andermans goed.

Ten zesde het *publiciteitsbeginsel*. Een groot gedeelte van het Nederlandse vermogensrecht kan worden geordend op basis van het publiciteitsbeginsel. Het vormt het fundament voor vier categorieën goederenrechtelijke regels, die alle zijn gericht op verwezenlijking en optimalisering van kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten. Het gaat dan ten eerste om de voorschriften voor levering van een goed voorzover deze formaliteiten en handelingen erop zijn gericht de levering kenbaar te maken voor derden. Wat deze categorie rechtsregels betreft valt het leveringsbeginsel ten dele samen met het publiciteitsbeginsel.

De tweede categorie rechtsregels die verband houdt met het publiciteitsbeginsel, bestaat uit alle voorschriften die gelden om beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid en meer algemeen de vertegenwoordigings-

---

237 Zie reeds § 5.5.

bevoegdheid bij beschikkingshandelingen kenbaar te maken voor derden. Het gaat dan om alle regels die gestalte geven aan openbare registers, niet alleen wat registergoederen betreft, maar ook registers voor curatele, onderbewindstelling, faillissement, huwelijkse voorwaarden en dergelijke. Gezien hun betekenis voor de kenbaarheid van de bevoegdheid van een rechtssubject om over een goed te beschikken, vallen dergelijke regels binnen de reikwijdte van het publiciteitsbeginsel.

De derde categorie rechtsregels ligt in het verlengde van de tweede: het hele conglomeraat van regels die een verkrijger te goeder trouw beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder en tegen andere voor de verkrijger niet of onvoldoende kenbare beperkingen met betrekking tot een goed. Kort gezegd gaat het om alle derdenbeschermingsregels. Vrijwel al deze regels houden verband met publiciteitsgebreken. Door ook deze regels in verband te brengen met het publiciteitsbeginsel wordt structuur aangebracht in dit deel van het vermogensrecht.

De vierde categorie regels vormt evenals de derde een complement op publiciteitsgebreken. Het gaat om alle rechtsregels die ertoe strekken goederenrechtelijke schijn en werkelijkheid met elkaar in overeenstemming te houden of te brengen. Bedoeld zijn de regels voor verkrijgende verjaring, maar ook de relativering van de levering c.p. en de regels die de verlenging van een eigendomsvoorbehoud of een recht van reclame onmogelijk maken. Dergelijke regels geven rechtsgevolg aan de feitelijke schijn van gerechtigdheid, of strekken ertoe te voorkomen dat feitelijke schijn en goederenrechtelijke gerechtigdheid teveel uit elkaar gaan lopen. Ook dit type regels is te beschouwen als een verwezenlijking van het streven naar optimalisering en perfectionering van publiciteit.

De ratio van het publiciteitsbeginsel raakt aan de fundamenteën voor het goederenrecht: de tegenwerpelijkheid van goederenrechtelijke rechten aan derden kan nauwelijks anders gerechtvaardigd worden dan op basis van de kenbaarheid van die rechten voor derden. Bevordering van de rechtszekerheid, te verstaan als de zekerheid in het rechtsverkeer, vormt de basis van het publiciteitsbeginsel. Hieruit vloeit dan ook voort dat het publiciteitsbeginsel ook de keerzijde bepaalt: het gebiedt tot bescherming tegen gebreken in de kenbaarheid van rechten. De rechtszekerheid die met het publiciteitsbeginsel wordt gewaarborgd, is uiteindelijk ook een kwestie van de rechtsstatelijke kwaliteit van rechtsregels. Hiermee krijgt het publiciteitsbeginsel een ethische dimensie.

Ten zevende het *evenredigheidsbeginsel*. Het evenredigheidsbeginsel gaat schuil achter drie leerstukken die in zijn beschreven in § 9.3.2 en § 9.3.3: *imprévision*, de redelijkheid en billijkheid voor zover deze in het goede-

renrecht van toepassing is, en misbruik van bevoegdheid. De op deze trits geënte bepalingen van goederenrecht kunnen alle in verband worden gebracht met één beginsel, dat het goederenrechtelijk evenredigheidsbeginsel kan worden genoemd. Hiermee ontstaat een zelfstandig beginsel van goederenrecht, dat wordt onderscheiden van de redelijkheid en billijkheid voor verbintenissen. Een reden voor dit onderscheid is het specifieke karakter van goederenrechtelijke verhoudingen, dat ten eerste een grotere mate van stabiliteit veronderstelt en dat ten tweede een grotere betrokkenheid van derden betekent, zowel andere rechthebbenden tot het goed als meer algemeen degenen die enerzijds de rechten hebben te respecteren en anderzijds aan die rechten hun vertrouwen op de kredietwaardigheid van de eigenaar of de beperkt gerechtigde ontleen. Door de redelijkheid en billijkheid binnen het goederenrecht een eigen gestalte te geven, is de kans groter dat normen tot ontwikkeling komen die zijn afgestemd op het goederenrechtelijke kader.<sup>238</sup>

Dergelijke normen, die enerzijds worden gekenmerkt door terughoudendheid en anderzijds door het accent op evenredigheid en proportionaliteit, kunnen ook richting geven aan de invulling van de inhoud van de beperkte rechten: de beperkt gerechtigde moet de bevoegdheden krijgen die hij nodig heeft voor de uitoefening van zijn recht, niet meer maar ook niet minder. Het goederenrechtelijk evenredigheidsbeginsel kan dan een derde criterium voor de afbakening van de inhoud van beperkte rechten worden, naast het voldoende verbandvereiste en het subtractieprincipe die in hoofdstuk 6 zijn geanalyseerd.

### 9.5.1.3 Een algemene goederenrechtsleer voor Europa

In wezen komt een studie naar de beginselen van een rechtsgebied neer op de formulering van een algemene rechtsleer, in de zin die Meijers aan dit begrip heeft toegekend:

"De algemeene rechtsleer moet ons door een doelmatige classificatie de grondbegrippen van het recht verschaffen en de samenstelling van deze begrippen tot in hunne meest eenvoudige elementen aangeven. Datgene, wat men vroeger tezamen vatte en als rechtsdogmatiek behandelde, dient geheel op te gaan in een wetenschap van de systematiek van het recht, in de algemeene rechtsleer."<sup>239</sup>

238 Zie nader mijn bijdrage aan NTBR 2000/3, § 4.

239 E. M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Leiden, 1903, op p. 203. Zie hierover J. H. A. Lokin, *De plaats van Meijers in de legistische traditie*, in: *Rechtsvinding onder het NBW*, 1992, p. 5-39.

Dit stelsel van algemene rechtsbegrippen dat door de rechtswetenschap moet worden ontworpen, zou aan een goede wetgeving ten grondslag moeten liggen.<sup>240</sup>

In de formulering van een algemene rechtsleer ligt de pretentie van universaliteit verscholen; een dergelijke ordening van rechtsbegrippen ontstijgt het nationale kader van een individueel rechtssysteem.<sup>241</sup> In het verlengde van een algemene rechtsleer ligt een *ius commune*.<sup>242</sup> De systematische uitgangspunten van het Nederlandse goederenrecht verschaffen aanknopingspunten voor verder rechtsvergelijkend onderzoek en voor de ontwikkeling van een algemene goederenrechtsleer.

De rechtsvergelijkende beschouwingen in hoofdstuk 4 hebben duidelijk gemaakt dat de verschillen tussen de rechtsstelsels in Europa ook in het goederenrecht geringer zijn dan pleegt te worden aangenomen. Zeker is geen sprake van een scherp contrast tussen enerzijds het Engelse recht en anderzijds het Franse recht als bakermat van veel civil law-stelsels. Hoewel geen aandacht is besteed aan de verschillende typen goederenrechtelijke rechten in de verschillende landen, is evident dat er op dit punt verschillen bestaan. In het oog springt de trust als type goederenrechtelijk recht dat in Europa alleen in het Engelse recht voorkomt. Zelfs ten aanzien van de trust is echter duidelijk geworden dat van een principiële vrijheid voor partijen om zelf vorm te geven aan een goederenrechtelijk recht geen sprake is; de partijautonomie opereert binnen een vast kader dat bescherming biedt aan de derden die in het goederenrecht gezien de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten bijzondere bescherming verdienen.

Op verschillende plaatsen in deze studie is bovendien gebleken dat in alle rechtsstelsels gebruik wordt gemaakt van vergelijkbare instrumenten om derden te beschermen tegen de grillen van partijautonomie. Dwingendrechtelijke duurbepkeringen, publiciteitsvoorzieningen, *imprévision*-bepalingen, het subtractieprincipe als barrière tegen verplichtingen *in faciendo*, en uiteraard de dwingendrechtelijke afbakening van de inhoud

240 Aldus de interpretatie van Lokin, a.w., p. 31.

241 Zie Algemene begrippen, p. 169: bij de begripsbepaling der algemene rechtsleer gaat het minder "om de vaststelling van rechtsgevolgen voor bepaalde rechtsstelsels dan wel om de ordening der gegeven rechtsregels met behulp van algemene begrippen."

242 Zie Lokin, a.w., p. 38: "Waar men tegenwoordig behoefte aan heeft, niet alleen in Nederland maar in heel Europa, is mijns inziens niet een nieuwe codificatie maar een *ius commune*, een gemeenschappelijk recht. Daarmee bedoel ik een stelsel van rechtsvoorschriften (in de ogen van Meijers concrete uitwerkingen van algemene rechtsbegrippen in het stelsel van een algemene rechtsleer) die het fundament vormen waarop de rechter zijn uitspraken bouwt."

en de overdraagbaarheid van de beperkte rechten: alle rechtsstelsels kennen dergelijke instrumenten ter verwezenlijking van rechtspolitieke keuzen en maatschappelijke doeleinden, zoals de bescherming van de vrijheid van rechtssubjecten en bevordering van de verhandelbaarheid van goederen. Hierbij komt dat achter al deze *checks and balances* in alle rechtsstelsels waarschijnlijk dezelfde beginselen van goederenrecht schuilgaan. Voor zover niet reeds op het niveau van de rechtsbegrippen, is toch in ieder geval op het niveau van de rechtsbeginselen sprake van grote overeenkomsten tussen de verschillende rechtsstelsels. Dit betekent dat een *ius commune* ook in het goederenrecht meer is dan een *chimère*.

In dit hoofdstuk, dat de toekomst van de *numerus clausus* betreft, is geen aandacht besteed aan het Europees-communautaire kader voor de bestudering van het goederenrecht.<sup>243</sup> Aannemelijk is dat het communautaire recht zal dwingen tot een vorm van convergentie van het goederenrecht van de verschillende lidstaten, in ieder geval voor wat betreft de goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Dogmatische studie ter formulering van een algemene rechtsleer in de geest van Meijers zal daarvoor bruggen kunnen slaan.

#### 9.5.1.4 De beginselen en de *numerus clausus*

##### *Exit de numerus clausus?*

Erkenning van de rol van rechtsbeginselen is geenszins een ontkenning van het primaat van de wet, zoals die in het goederenrecht sinds de 19<sup>e</sup> eeuw in de *numerus clausus* tot uiting komt. De beginselen zijn afgeleid uit het wettelijk systeem. Vanwege het dwingende karakter van het goederenrecht kan het systeem van beginselen van goederenrecht worden aangeduid met de term '*numerus clausus*' van beginselen. De *numerus clausus* brengt dan mee dat het ontstaan, de inhoud en de overdracht van goederenrechtelijke rechten en bevoegdheden worden beheerst door de beginselen van goederenrecht. De beginselen vormen bovendien het kader voor de ontwikkeling van het goederenrecht.

Het lijkt onverstandig om de *numerus clausus* zelf los te laten ten gunste van een rechtssysteem waarin rechtssubjecten geheel vrij zijn naar wens goederenrechtelijke rechten in allerlei modaliteiten te creëren; de in hoofdstuk 5 geanalyseerde argumenten ter rechtvaardiging van de beperking van de partijautonomie in het goederenrecht hebben daarvoor te weinig van hun overtuigingskracht verloren. Wat wordt nagestreefd, is dat het debat over de juiste toepassing en de ontwikkeling van het goede-

---

243 Zie hiervoor de literatuur genoemd in § 4.1.2.



renrecht mede wordt gevoerd op het niveau van de beginselen van goederenrecht. De numerus clausus refereert aan de beginselen van goederenrecht en ondersteunt hun toepassing; het versterkt het dwingende karakter van die beginselen; en het waarborgt een aantal 'hogere' beginselen van het recht, zoals enerzijds de op het goederenrecht toegespitste rechtsbeginselen, en anderzijds de door mij zo genoemde 'premissen van het recht', met name rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, en kenbaarheid en hanteerbaarheid van het recht.<sup>244</sup>

Doordat de numerus clausus de goederenrechtelijke rechtsbeginselen ondersteunt, ontleent het dogma zijn rechtvaardiging mede aan de ratio van die beginselen van goederenrecht. Het belang van het dogma blijft groot omdat het de rechtvaardiging voor de beginselen van het Nederlandse goederenrecht incorporeert. Hieruit volgt dat de ratio van een of meer goederenrechtelijke beginselen in het geding is, telkens wanneer sprake is van schending van het beginsel van numerus clausus. De conclusie over de rol van de numerus clausus en zijn afgeleide ratio laat zich verduidelijken door de drie beginselen van goederenrecht te nemen die de fundamenteën van het Nederlandse goederenrechtelijk systeem vormen.

Het verband van het numerus clausus-dogma met het publiciteitsbeginsel dringt zich het meest op. De beperking van het aantal typen goederenrechtelijke rechten en de wettelijke omschrijving van hun inhoud komen de kenbaarheid van die rechten door rechtsverkrijgenden onder bijzondere titel en andere derden ten goede. Dat geldt in het bijzonder voor publiciteit omtrent rechten op registergoederen door inschrijving in de daarvoor bestemde registraties. Een oneindige schakering van goederenrechtelijke rechten waaraan door partijen op eigen wijze inhoud is gegeven, zou de registratie ervan teveel belasten.<sup>245</sup> Hetzelfde geldt voor de andere technieken voor publiciteit. Voor zover bezit gepaard gaat met feitelijke macht, geeft het een indicatie van de goederenrechtelijke aanspraken van de bezitter. Zolang de typen zakelijke rechten die erop kunnen rusten, naar aantal en inhoud vastliggen, kunnen derden een inschatting maken van wat ze kunnen verwachten van de bezitter, en van wat ze dienen te respecteren.<sup>246</sup> Ten aanzien van rechten op vorderingen verheft een mededeling aan de debiteur van die vordering hem tot bron van informatie over de rechten die zijn crediteur en andere derden zoals bijvoorbeeld pandhouders geldend kunnen maken. Naarmate de eigenschappen van dergelijke rechten wettelijk scherper omlijnd zijn, is de debiteur beter in

244 Vgl. de conclusie van Foëx, geciteerd in § 5.2.1.5.

245 Maeijer, preadvies 1966, p. 44.

246 Vgl. de reeds genoemde passage bij Foëx, nr. 11.

staat op eenvoudige wijze adequaat en efficiënt informatie te verschaffen over de positie en de rang van eventuele aanspraken van andere derden. Het publiciteitsbeginsel is dus met het dogma gediend: de *numerus clausus*-regel schept een voorspelbaar en betrouwbaar patroon in de verwachtingen van alle betrokkenen.

De ratio van het publiciteitsbeginsel is dat derdenwerking van goederenrechtelijke rechten erdoor mogelijk en aanvaardbaar wordt gemaakt. Naarmate rechten meer kenbaar zijn voor derden kan enerzijds een groter respect van derden voor die rechten worden verwacht, en anderzijds meer bescherming worden geboden aan de rechthebbende. Zo komt de *numerus clausus* via het publiciteitsbeginsel ten goede aan het 'rechtsgehalte' van het goederenrecht, in het bijzonder wat betreft de rechtszekerheid, de overzichtelijkheid en de hanteerbaarheid van het recht. Praktisch betekent dit de bevordering van de verhandelbaarheid van goederen, in de woorden van Wiegand de *Zirkulationsfähigkeit*.

Het tweede van de drie goederenrechtelijke kernbeginselen, dat het goederenrechtelijk autonomiebeginsel is genoemd, is in verband te brengen met de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies als aspect van de *numerus clausus* en de toekenning van bevoegdheden met betrekking tot een goed: het is niet mogelijk om de beschikkingsbevoegdheid van de gerechtigde tot een goed te beperken op een niet wettelijk erkende wijze. Er kan ook voor worden gekozen dit aspect van de *numerus clausus* te beschouwen als een deelaspect van de regel dat partijen niet vrij zijn zelf de inhoud van zakelijke rechten vast te leggen op een wijze die niet in de wet is voorzien (*Typenfixierung*). In beide benaderingen bestaat een duidelijk verband tussen de *numerus clausus* en het goederenrechtelijk autonomiebeginsel.

De uitwerking en de toepassing van het beginsel dat goederen zoveel mogelijk verhandelbaar dienen te blijven, worden bevorderd door de genoemde aspecten van het gesloten systeem. De beperking tot de in de wet toegestane mogelijkheden tot inperking van de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende voorkomt dat de wettelijke waarborgen voor de vrije verhandelbaarheid van goederen worden uitgehold. Naarmate aan partijen meer vrijheid wordt gelaten elkaar in enige vorm beperkingen op te leggen, ontstaat de mogelijkheid goederen in meer of mindere mate voor langere of kortere termijn aan het rechtsverkeer te onttrekken. Restrictieve interpretatie en toepassing van de wettelijk toegestane inbreuken op de beschikkingsbevoegdheid van rechtsverkrijgers onder algemene of bijzondere titel komen de verhandelbaarheid van goederen ten goede.

Ook het derde kernbeginsel van goederenrecht - het goederenrechtelijk evenredigheidsbeginsel - ondervindt ondersteuning van de regel dat partijen niet vrij zijn af te wijken van de wettelijke inhoud van goederenrechtelijke rechten en de wettelijke wijzen van rechtsverkrijging en -verlies. Het hele scala aan wetsartikelen waarin de onderlinge verhouding van de goederenrechtelijk gerechtigden wordt gezet in de sleutel van evenredigheid en proportionaliteit, is op grond van de numerus clausus in alle gevallen onverkort van toepassing. Door een beginselmatic karakter aan de wetsartikelen toe te kennen, is ruimte ontstaan om ze ook in vergelijkbare goederenrechtelijke gevallen analogisch toe te passen. De numerus clausus stelt dus buiten twijfel dat het evenredigheidsbeginsel en zijn wettelijke uitwerkingen dwingend zijn. Waar de numerus clausus de toepassing van het evenredigheidsbeginsel ondersteunt, ontleent het dogma tegelijk een deel van zijn ratio aan dat beginsel. Zo komt de numerus clausus via de band van het evenredigheidsbeginsel ten goede aan het doel dat wordt voorkomen dat aan een belanghebbende bij een goed minder rechten en bevoegdheden worden toegekend dan hij behoeft om zijn belang te beschermen. Het evenredigheidsbeginsel, dat onder meer is gericht op het voorkomen van onderbedeling, rechtvaardigt in belangrijke mate het dogma van de numerus clausus.

De numerus clausus dient naar mijn mening dus te worden verstaan in samenhang met de beginselen van het goederenrecht; de numerus clausus en de beginselen van het goederenrecht zijn elkaars complement.

### *Nogmaals de terminologie*

De term numerus clausus vergt een nadere precisering. In § 1.6 is aangegeven dat de term 'numerus clausus' en de term 'gesloten systeem' in het vervolg naast elkaar zouden worden gebruikt. Inmiddels is aan de term numerus clausus ook de dimensie van een beperkt aantal beginselen van goederenrecht gegeven. De term heeft hiermee een veelzijdige lading gekregen die expliciet moet worden gemaakt.

De klassieke dimensie van de term numerus clausus is de beperking van het aantal typen - de numerus. In meest enge zin staat de term numerus clausus voor het 'gesloten' aantal beperkte goederenrechtelijke rechten. In iets minder enge zin valt ook het eigendomsrecht binnen de numerus clausus. Nog ruimer is de invulling van de numerus clausus in de lijn van de opzet van Meijers voor het nieuwe vermogensrecht, waarbij het gesloten systeem ook alle andere volledige rechten omvat, zoals intellectuele eigendomsrechten en lidmaatschapsrechten, en ook het vorderingsrecht.

Aan de *numerus clausus* is in deze studie vanaf het begin een verbreding gegeven door niet alleen de typen van rechten, maar ook de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies binnen de reikwijdte van de *numerus clausus* te brengen. Een andere verruiming van de reikwijdte, maar eveneens in de lijn van de opzet van Meijers, zoals uiteen is gezet in hoofdstuk 7, betreft de bijzondere bevoegdheden met betrekking tot een goed, zoals die van een bewindvoerder of kwaliteitsrekeninghouder. De in de wet geregelde catalogus omvat dan niet alleen de typen goederenrechtelijke rechten en de wijzen van rechtsverkrijging en -verlies, maar ook de in de wet geregelde gevallen waarin aan een ander dan de rechthebbende tot een goed een bepaalde bevoegdheid met betrekking tot dat goed wordt toegekend.

Naast deze min of meer klassieke 'catalogiseringsdimensie', al dan niet met verruimde reikwijdte, staat wat kan worden genoemd de 'autonomiedimensie'. Het accent ligt hierin niet op de typen, maar ook op de beperking ervan. Het gaat dan vooral op de beperking van de partijautonomie, die in de *numerus clausus* ligt besloten: *clausus*, de geslotenheid. De term *numerus clausus* krijgt hiermee een verderstrekkende lading, doordat de term de uitdrukking wordt van het algemene uitgangspunt van het goederenrecht, tegenover het verbintenissenrecht, dat voor de partijautonomie geen ruimte bestaat, tenzij de wet daarvoor uitdrukkelijk ruimte biedt. De ontkenning van de partijautonomie staat weer gelijk aan het dwingende karakter van de regels van het goederenrecht. Daar waar wordt gerefereerd aan de *numerus clausus*, gaat het dus vaak niet zozeer om de typencatalogus als wel om de dwingende aard van het goederenrecht.

Dan is er ten derde de Savigniaanse dimensie, die het resultaat is van het onderzoek naar de herkomst van de *numerus clausus* in hoofdstuk 3. Daarin is duidelijk geworden dat *das geschlossene Zahl* deel uitmaakt van een model, dat onder meer ook het eigendomsbegrip, het zaaksbegrip en de regels inzake overdraagbaarheid van goederen omvat. In dit model werd uitgegaan van een strikte scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, twee deelgebieden die zoveel mogelijk autonoom werden gemaakt. Dit betekende dat de afspraken die partijen verbintenissenrechtelijk maken, in beginsel geen invloed mogen hebben op de totstandkoming en de inhoud van de goederenrechtelijke rechten. Deze rechten moesten omwille van de verhandelbaarheid zoveel mogelijk gestandaardiseerd zijn, zodat voor de partijautonomie in het goederenrecht geen enkele ruimte werd gemaakt. Naar al deze elementen van het door Savigny en later de

pandektistiek ontwikkelde begrippensysteem voor het vermogensrecht wordt soms verwezen met de term *numerus clausus*. De term *numerus clausus* fungeert dan als *pars pro toto* voor het Savigniaanse model.

Hieraan is in de vorige paragraaf ten vierde de beginselendimensie toegevoegd. Bij de toepassing en de ontwikkeling van het goederenrecht, zowel door rechters als door de wetgever zelf, zou meer sturing moeten worden ontleend aan de beginselen van het goederenrecht. Aan het goederenrecht, in Nederland neergelegd in de wet, ligt een aantal beginselen ten grondslag. Deze uitgangspunten vormen een referentiekader, dat bovendien dwingend is. Zo kan worden gesproken van een *numerus clausus* van beginselen van goederenrecht. Naast de *numerus clausus* van typen komt dan de *numerus clausus* van beginselen te staan. Wellicht is het beter in deze context de term *numerus clausus* niet te gebruiken, maar in plaats daarvan te verwijzen naar het gesloten systeem, waarvoor de beginselen de fundamenteën vormen.

#### *Herformulering van de zegswijze 'schending van het gesloten systeem'*

Het axiomatisch karakter van de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem in de literatuur heeft tot gevolg dat de verwijzing naar een 'schending van het gesloten systeem' of een 'inbreuk op *numerus clausus*' niet-ingewijden ofwel koud laat ofwel in de kou laat staan. De zegswijze maakt de reden voor de onvrijheid niet inzichtelijk.

De constatering dat het goederenrecht een dwingend karakter heeft, betekent onder meer dat de beginselen van het goederenrechtelijk systeem moeten worden gerespecteerd. Druist een pretens goederenrechtelijke rechtsfiguur daartegen in, dan wordt de geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem geschonden.

De frase 'schending van het gesloten systeem' impliceert de onwenselijkheid van inbreuken op de coherentie en de consistentie van het goederenrechtelijk systeem. Steeds dient te worden gezien in hoeverre nieuwe goederenrechtelijke fenomenen aansluiten bij reeds bestaande, en passen in het raamwerk van eigenschappen, uitgangspunten en dogmatische fundamenteën van het goederenrecht. Wordt gewaarschuwd tegen schending van het gesloten systeem, dan dreigt een inbreuk op het goederenrechtelijk bouwwerk en zijn de achterliggende doeleinden in gevaar. Het is dan ook tenminste een oproep om een rechtsfiguur te beoordelen in het licht van de beginselen van het goederenrecht.

Het is nuttig andere formuleringen te geven voor dezelfde gedachte. De zegswijzen 'schending van het gesloten systeem' en 'inbreuk op de *numerus clausus*' zijn synoniem aan 'verzwakking van het goederenrech-

telijk systeem', en aan 'inbreuk op de beginselen die ten grondslag liggen aan het goederenrechtelijk systeem'. Deze alternatieve formuleringen brengen de betekenis van het dogma beter tot uiting. Men zou immers kunnen denken dat een inbreuk op *numerus clausus* gemakkelijk wordt geheeld door de betreffende figuur een wettelijke basis te geven. Het aantal wettelijk gefundeerde, goederenrechtelijke figuren wordt gewoon uitgebreid. Het resultaat heet dan te zijn dat het systeem is herschikt. De alternatieve formuleringen voorkomen dergelijke gedachten. Ze maken duidelijk dat ook een wettelijk ingreep niet steeds kan verhelen dat het goederenrechtelijk systeem wordt verzwakt en aangetast. Een goed voorbeeld is de afschaffing van het vereiste van een mededeling voor de cessie van een vordering. Deze wetswijziging is ten koste gegaan van het publiciteitsbeginsel, dat om goede redenen aan het gehele goederenrecht ten grondslag ligt.

### 9.5.2 *De wetenschap en pandektistische stijl*

De *numerus clausus* vormt een kernelement van het Savigniaanse systeem van het vermogensrecht, zoals dat in de pandektistiek is uitgebouwd. Daarmee is een wetssystematisch verband ontstaan tussen de *numerus clausus* als verwerping van de partijautonomie in het goederenrecht en onder andere het eigendomsbegrip, het begrip beperkt recht in verband met het subtractieprincipe, de overdraagbaarheid van zakelijke rechten, het stelsel van overdracht en derdenbescherming, en de dichotomie tussen zakenrecht en verbintenissenrecht, zoals is gebleken uit de beschrijving van de herkomst van de *numerus clausus* in hoofdstuk 3. Het is aan de pandektistiek te wijten dat deze elementen van het systeem steriel zijn geworden. Zo schrijft een Zuid-Afrikaanse jurist:

"The nineteenth-century German school of jurisprudence known as pandectism transformed the theories of Grotius and Kant into a comprehensive and consistent scientific system of subjective rights. The distinctions between creditors' rights and real rights, and between ownership and limited real rights, the relative value of ownership and limited real rights, and the characteristics ascribed to ownership (absoluteness, exclusivity, and abstractness) as they are known in modern Western European and South African law are all products of pandectist theory formulated by nineteenth-century lawyers such as Bernhard Windscheid. [...] The pandectists cast their version of the law in the mould of a general, universal, and logically constructed scientific whole. Ownership is presented as a universal, timeless, abstract, and logical concept which forms part of a larger whole, each part of which is determined by the neutral and abstract logic of its constituent concepts and their interrelationships. Ownership ceases to be a function of social power-relationships and becomes a function of mathematical calculation in terms of the strict and abstract logic of the theory of subjective rights. In this way the philosophical, social,

and political perceptions and ideas that shaped the modern concept of ownership were hidden."<sup>247</sup>

De stijl van het pandektisme, die al van meet af aan is bekritiseerd, vindt nauwelijks nog genade.<sup>248</sup>

Het gevolg van de afkeer van de pandektistiek is dat de elementen van het pandektische systeem voor het vermogensrecht op zichzelf hun zeggenschap en overredingskracht grotendeels hebben verloren: een beroep op het eigendomsbegrip legt nog maar weinig gewicht in de schaal. Het is daarom zaak dat de wetenschap een brug slaat tussen het pandektische systeem en zijn begrippen naar de achterliggende rechtspolitieke keuzen en maatschappelijke ratio. De verkenning van de historische wortels van het vermogensrecht in het *ius commune* vormt daarvoor de meest voor de hand liggende opstap.

Wiegand heeft het belang van kennis over de ontstaansgeschiedenis van rechtsbegrippen voor sturing van de rechtsontwikkeling verwoord:

"Die historische Betrachtung kann aufzeigen, unter welchen dogmatisch-systematischen, rechtspolitischen und ökonomischen Bedingungen Rechtsinstitute und Regelungsmodelle entstanden sind. Bei der Interpretation des geltenden Rechts können diese Erkenntnisse eine Hilfestellung bilden. Von besonderem Wert sind sie jedoch für die Steuerung der Rechtsfortbildung, die nicht der Eingebung des Augenblicks oder blindem Zufall überlassen werden sollte."<sup>249</sup>

In een voetnoot daarbij verwoordt Wiegand de missie voor de wetenschappelijke beoefenaar van het goederenrecht, het zekerhedenrecht in het bijzonder:

---

247 Milton, Ownership, in: Southern Cross, 1996, h. 20, op p. 693, met verwijzing naar A.J. van der Walt, The South African Law of Ownership: a historical and philosophical perspective, De Jure 1992, p. 455. In de voorafgaande passage noemt Milton Grotius als de persoon die een morele dimensie gaf aan het door hem gepropageerde absolute en volledige eigendomsbegrip. Deze dimensie is volgens hem vervolgens uitgewerkt door Immanuel Kant, mede in verband met het economisch liberalisme aan het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw. Windscheid heeft de begrippen ondergebracht in het systeem van pandekten.

248 Aan de pandektistiek werd al door Jhering het verwijt van Begriffsjurisprudenz gemaakt. Hiermee wordt bedoeld dat de rechtsbegrippen zelf als bron van recht worden behandeld. Zie over Begriffsjurisprudenz o.a. M.A. Loth, De geest van de Begriffsjurisprudenz, RM Themis 1990, p. 3-12 en C.J.H. Jansen, Begriffsjurisprudenz, deductie of inductie? - Variaties op een motto ontleend aan R. von Jhering (1818-1892), RM Themis 1991/2, p. 63. Zie reeds Opzoomer III, 1871, p. 433, noot 1, en IV, 1876, p. 579.

249 Wiegand (1987), p. 643.

"Daß derartige Perspektiven fehlen, ergibt sich nicht nur aus der Judikatur, die - vor allem im Bereich der Kreditsicherung - keinerlei Konzept oder Zielrichtung erkennen läßt, sondern auch aus der Literatur, die sich auf punktuelle Kritik beschränkt, aber weder Leitlinien noch gar richtungsweisende Vorstellungen entwickelt hat."

Hetgeen Wiegand hier in 1987 stelde voor het Duitse zekerhedenrecht, doet zonder meer opgeld voor grote delen van het Nederlandse goederenrecht. De wetenschap dient meer aandacht te besteden aan de historische, maatschappelijke en rechtspolitieke achtergronden van rechtsregels en rechtsbegrippen. Bovendien dient de wetenschap voor elke rechtsgebied richtsnoeren en *Orientierungshilfe* in de vorm van rechtsbeginselen te ontwikkelen. Daarbij horen dan onvermijdelijk visies op de inrichting van het rechtsverkeer en daarmee de maatschappij.

Dit geldt ook voor de rechtsbegrippen uit de pandektistiek, met name het eigendomsbegrip in verband met de overdraagbaarheid van goederen. Het is denkbaar dat dan de achterliggende politieke filosofieën over de vrijheid van het individu en het belang van de verhandelbaarheid van goederen voor de economische ontwikkeling ter discussie komen te staan.<sup>250</sup> Voor zover dat niet het geval is, voor zover wordt vastgehouden aan het politieke en filosofische gedachtengoed dat aan de rechtsbegrippen ten grondslag ligt, behoeven deze begrippen niet te worden opgegeven. Wel dient hun zeggenschap te worden hersteld door bij elke discussie over een goederenrechtelijke rechtsvraag *une vision d'ensemble* te geven en terug te grijpen op allereerst de bredere wetssystematische context van de rechtsvraag en vervolgens de rechtspolitieke visies die achter de betreffende pandektistische begrippen schuilgaan.

Naar mijn mening gebeurt dat in Nederland te weinig. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is het bepaaldheidsvereiste voor de verpanding van goederen, dat in mijn analyse in feite door de Hoge Raad is afgeschaft. Het bepaaldheidsvereiste houdt verband met het zaaksbegrip uit de pandektistiek, dat mede terug te voeren is op kenbaarheid van een goederenrechtelijk recht als rechtvaardiging voor tegenwerpelijkeit aan derden. Het is in het Nederlandse recht bovendien een rol gaan spelen bij

250 Er bestaat hier een verband met het mede door mijzelf gehouden pleidooi voor een minder formeel-logische - pandektistische - benadering van het recht inzake zekerheidsrechten, waar meer accent ligt op *substance* en minder op *form*. Hiermee wordt bedoeld op Article 9 UCC, dat in § 4.4 ter sprake is geweest, en vergelijkbare regels, waarin niet *first in time* en *nemo plus* regels bepalend zijn voor prioriteit en voorrang, maar rechtspolitieke *substance* keuzen op basis van belangenafwegingen. Zie mijn bijdrage, De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en Article 9 *Uniform Commercial Code*: over bepaaldheid en publiciteit, AAe (1998), p. 65-84; en N.W.M. van den Heuvel, Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease, O&F 67 (2005), p. 2-11.



de bescherming van de zekerheidsverlener, in het bijzonder bij de vestiging bij voorbaat van een zekerheidsrecht op toekomstige goederen. Verder zijn hierbij de verhouding van de schuldeisers onderling en de *paritas creditorum* in het geding. Het is goed denkbaar dat het bepaaldheidsvereiste wordt opgegeven als instrument voor de verwezenlijking van de geschetste rechtspolitieke doelen, maar dan moet daarbij worden overwogen of het maatschappelijk wenselijk is dat andere instrumenten daarvoor in de plaats komen.<sup>251</sup> In deze rechtspolitieke termen is het debat in Nederland echter niet gevoerd. Wetenschappers, rechters en advocaten-generaal hebben zich laten leiden door een taalkundig mantra: 'voldoende is dat, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld ...'.<sup>252</sup> Vrijwel geen van hen heeft zich in termen van een belangenafweging hierover uitgelaten. De feitelijke afschaffing van het bepaaldheidsvereiste voor de verpanding van goederen is zo verwezenlijkt in pandektistische stijl.

Een tweede voorbeeld is het debat over de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Dit debat wordt toegespitst op de vraag of de koper een vorm van voorwaardelijke eigendom heeft. Ook degenen die een dergelijke goederenrechtelijke invulling van de positie van de koper afwijzen, pakken nauwelijks door naar de rechtshistorische en rechtspolitieke achtergronden van het eigendomsbegrip. Juist in dit debat zouden dergelijke achtergronden, die sterk samenhangen met de verhandelbaarheid van goederen, een argument kunnen opleveren om de koper een vorm van overdraagbaar recht toe te kennen, zij het dat daarvoor naar mijn mening uiteindelijk toch wetgeving nodig zou zijn.<sup>253</sup>

Zo bezien gaat een opdracht uit van de *numerus clausus* in het goederenrecht, zowel aan de wetenschap als aan de rechterlijke macht. Het systeem van de wet, de daarin gehanteerde begrippen en de daarin besloten liggende beginselen van het goederenrecht dienen nader te worden beschreven. De rechtshistorische en de rechtspolitieke context van rechtsbe-

---

251 Zie § 9.5.1.2, en verder mijn bijdrage, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, 1997, p. 121-162, en vervolgens *De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste*, WPNR 6324 (1998), p. 577-582, met nawoord van S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of 'wishful thinking?', WPNR 6374 (1999), p. 750-753.

252 Deze formulering, die door de Hoge Raad in het arrest Spaarbank Rivierenland is gebruikt in het kader van de vraag of het nodig is dat een computerlijst met de te verpanden vorderingen deel uitmaakt van de ter registratie aan te bieden onderhandelbare pandakte, is een eigen leven gaan leiden en in latere arresten toegepast op de vraag of de pandgever überhaupt moet weten wat hij verpand op het moment dat hij, meestal bij voorbaat met betrekking tot goederen die hij in de toekomst denkt te verkrijgen, alle formaliteiten voor de vestiging van het pandrecht verricht.

253 Zie enige varianten geschetst in § 7.7.4 voor de vormgeving van de aanspraak van de koper onder eigendomsvoorbehoud.

grippen en dogma's dienen te worden verhelderd. De rechtspolitieke keuzen in de achterliggende belangenconflicten dienen te worden geëxpliciteerd.<sup>254</sup>

Uiteindelijk komen rechters en wetenschappers dan voor keuzen te staan die rechtstreeks het systeem en de tekst van de wet raken. Daarmee komt het primaat van de wetgever opnieuw in beeld. C.J.H. Jansen pleit voor terughoudendheid als het om oude dogma's gaat:

"Het privaatrecht kent al eeuwenlang een spanning tussen ingewortelde en al dan niet in de wet vastgelegde dogma's en de zich voortspoedende en naar nieuwe rechtsvormen hunkerende maatschappij. Vaak behoren deze leerstukken tot de blijvende kern van het privaatrecht en hebben zij eeuwenlang goede diensten aan de praktijk bewezen. Niet al te lichtvaardig dient een dergelijk dogma prijs te worden gegeven voor een rechtsfiguur waarvan het onduidelijk is hoe die in ons systeem van privaatrecht past en tot welke rechtsgevolgen overname leidt. De huidige beoefenaar van het privaatrecht past des te meer bescheidenheid, wanneer de wetgever een dergelijk dogma opnieuw in een wet heeft vastgelegd omdat het vaak uitdrukking geeft aan de fundamentele beginselen die aan ons wettelijk systeem ten grondslag liggen. Het Nederlandse stelsel van *trias politica* vraagt van de rechter en de wetenschapper enig respect voor het product van de wetgever, de wet. Het is aan de wetgever om bepaalde fundamentele keuzen te maken."<sup>255</sup>

Waar het primaat van de wetgever respect voor juridische dogma's vergt van rechter en wetenschapper, geldt dat a fortiori voor het dogma van de *numerus clausus*, dat immers uiting geeft aan het primaat van de wet! Maar hoe zit het eigenlijk met de wetgever zelf?

### 9.5.3 *De numerus clausus als directief*

De *numerus clausus* is geen vrijblijvende constatering. Er ligt een norm in besloten die door elke rechtsvormer au sérieux genomen moet worden. In de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk is al uitvoerig duidelijk geworden dat de *numerus clausus* bindend is voor de rechter die de regels van het goederenrecht toepast. Maar ook de wetgever mag de *numerus clausus* en het gesloten systeem en de daaraan ten grondslag liggende begrippen en beginselen niet negeren. In deze paragraaf volgen twee voorbeelden van hoe het niet moet.

254 Vgl. J.B.M. Vranken, Algemeen deel \*\*\* - Een vervolg, 2005, hoofdstuk III, en nr. 148.

255 Jansen, De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht, oratie KUN, 1999, p. 32-33.

### 9.5.3.1 De numerus clausus als directief aan de rechter

Op verschillende plaatsen in deze studie is het kettingbeding ter sprake gekomen als een verbintenisrechtelijk substituut met quasi-goederenrechtelijk effect voor de gevallen waarin de numerus clausus niet voorziet in een bijpassend goederenrechtelijk recht.<sup>256</sup> Het gaat dan meestal om situaties waarin partijen trachten een verplichting tot een geven of een doen bindend te maken voor rechtsopvolgers. Duidelijk is geworden dat het goederenrecht daarin niet wil bewilligen, behoudens een incidentele onderhoudsverplichting of bebouwingsverplichting in het kader van sommige typen beperkte rechten.

In § 9.2.1.1 is melding gemaakt een merkwaardige ontwikkeling die zich in de notariële tuchtrechtspraak blijkt af te tekenen. Door zijn ministerie bij de levering van een goed te weigeren, dwingt de notaris af dat de schuldenaar van een kettingbeding gevolg geeft aan zijn obligatoire verplichting tot doorgifte. In het licht van de numerus clausus is deze trend in de notariële tuchtrechtspraak, die natuurlijk civielrechtelijke gevolgen in de vorm van beroepsaansprakelijkheid van de notaris krijgt, in alle opzichten verwerpelijk. Het gaat nu niet om het recht van de vervreemder om ten aanzien van zijn obligatoire doorgifteverplichting wanprestatie te plegen, uiteraard onder gehoudenheid tot het betalen van schadevergoeding.<sup>257</sup> Het gaat ook niet om de positie van de koper in verband met de betrekkelijk restrictieve rechtspraak wat betreft de onrechtmatigheid van profiteren van andermans wanprestatie.<sup>258</sup> Ook de positie van een notaris in de verhouding tot zijn opdrachtgever en tot derden blijft buiten be-

---

256 Zie o.a. § 5.3.3.

257 Vanuit rechtseconomisch perspectief lijken voor een dergelijk 'recht' goede gronden te bestaan. Dit betekent overigens ook dat uiterst terughoudend moet worden omgesprongen met het instrument van reële executie, zoals geregeld in art. 3:299 e.v. BW.

258 Aan het leerstuk profiteren van andermans wanprestatie wordt niet toegekomen, aangezien de notaris er eigenmachtig tussen gaat zitten, zodat de koper niet eens de ruimte heeft om te profiteren op soms onrechtmatige wijze. Denkbaar zou nog zijn de restrictieve criteria per analogie toe te passen en zo te beoordelen in welke omstandigheden voor de notaris grond is om zijn ministerie te weigeren. Rechtstreekse toepassing zal echter niet mogelijk zijn, want de criteria zijn gekoppeld aan de bijzondere positie die de profiterende koper heeft ten opzichte van de wanpresterende verkoper. De enige les uit het leerstuk profiteren van andermans wanprestatie is uiteindelijk dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden sprake is van onrechtmatig handelen. De notaris zou dus alleen in evenzeer uitzonderlijke omstandigheden moeten interveniëren.

schouwing.<sup>259</sup> Het gaat hier vooral om de miskenning van de dichotomie die ten grondslag ligt aan het systeem van het vermogensrecht en om de sabotage van de beperkingen die deel uitmaken van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten. Met kettingsbedingen wordt beoogd een verplichting bindend te maken waaraan de wetgever op geen enkele wijze derdenwerking heeft willen toekennen, zelfs niet in de vorm van een kwalitatieve verbintenis. Het is ironisch dat juist het notariaat de *numerus clausus* op deze wijze dreigt te verzwakken.<sup>260</sup>

### 9.5.3.2 De *numerus clausus* als directief aan de wetgever

Wanneer de *numerus clausus* wordt gepresenteerd als een expressie van het primaat van de wetgever, zou men kunnen denken dat de wetgever zelf vrij is in zijn doen en laten. Staatsrechtelijk is dat ongetwijfeld het geval. Rechtsstatelijk is het enigszins twijfelachtig.

Nieuwe wetgeving dient zoveel mogelijk in overeenstemming te zijn met de begrippen en de uitgangspunten van het gehele systeem van het goederenrecht. Wanneer nieuwe goederenrechtelijke rechtsfiguren door middel van wetgeving worden geïntroduceerd, moet aansluiting worden gezocht bij het rechtsregime dat voor vergelijkbare goederenrechtelijke rechtsfiguren geldt. Uiteraard kan de wetgever ervoor kiezen af te wijken van één van de uitgangspunten van het wettelijk systeem, maar daarbij rust op de wetgever de taak om die afwijking grondig te motiveren en zoveel als mogelijk in te bedden in het wettelijk stelsel.

De gebondenheid van de wetgever aan het gesloten systeem van het goederenrecht is geen rechtens afdwingbare verplichting; de gebondenheid is slechts een richtsnoer voor goede wetgeving en een afgeleide van de rechtsstatelijke verantwoordelijkheid om de rechtszekerheid zoveel

259 Denkbaar is een rechtsregel dat de notaris zijn ministerie alleen mag weigeren wanneer het kettingsbeding strekt tot bescherming van uitzonderlijke belangen of is gemaakt ten behoeve van een partij die bijzondere bescherming behoeft, zoals minderjarigen. Om deze gedachte nader uit te werken zou door een notarieel onderzoeker door middel van empirisch aktenonderzoek een typologie moeten maken van de kettingsbedingen die in de rechtspraktijk veel voorkomen.

260 Zeer kritisch zijn ook W.M. Kleijn, onder meer in JBN 2002, nr. 41, en Van Velten, 2<sup>e</sup> druk 2006, § 14.11.5 en § 18.5 slot. Zie ook Kleijn, Het erfpachtrecht als wondermiddel?, in: Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p. 117: "Hiermede is een belangrijk juridisch verschil tussen uitgifte in eigendom en uitgifte in erfpacht en de gevolgen daarvan feitelijk tot geringere properties in rechtsgevolgen terug gebracht. De partijen bij de notariële akte staan, wat het frustreren van belangen van derden betreft onder toezicht van de notaris en dit toezicht lijkt redelijk effectief, overigens ten koste van de contractsvrijheid. Duidelijk een stap in de richting van een meer normatief werkend rechtssysteem ook ten aanzien van de eigendom."

mogelijk te bewaren en te bevorderen. Het gaat derhalve om de voorwaarden voor goed recht, die de 'premissen' van het recht kunnen worden genoemd. De geslotenheid van het goederenrechtelijk systeem geeft in de specifieke context van het goederenrecht uiting aan de taak van de wetgever om deugdelijk recht te scheppen. Deze taak is niet beperkt tot de wetgever; meer in het algemeen brengt het beginsel voor alle rechtsvormers mee dat de integriteit van het goederenrechtelijk systeem beschermd dient te worden. Hierbij moet niet alleen aan de rechterlijke macht worden gedacht, maar ook aan advocaten en notarissen.

Het is - opnieuw - ironisch dat de wetgever zich niet steeds bewust lijkt te zijn van het historisch-systematische begrippenkader van het goederenrecht c.q. dat begrippenapparaat bewust lijkt te negeren. Daarvoor kunnen goede redenen bestaan, maar dat is niet steeds het geval. Een sprekend voorbeeld biedt de ophanden zijnde wijziging van art. 5:20 BW, om exploitanten van kabelnetwerken te voorzien van een vorm van eigendom zonder blootgesteld te worden aan verticale natrekking.<sup>261</sup> De uitzondering door middel van een nieuw tweede lid van art. 5:20 BW, dat al de 'doorknipbepaling' wordt genoemd, zal betekenen dat een kabel- of leidingennetwerk een zelfstandig object van eigendom is. De aanleg van een dergelijk netwerk zal een inschrijfbaar feit worden op grond van een nieuw art. 3:17 lid 1 sub k BW. Bezien vanuit de herkomst van de numerus clausus in het Savigniaanse model voor het vermogensrecht en gezien vanuit de rechtsvergelijkende beschouwingen over vormen van gesplitste eigendom in het Engelse en het Amerikaanse recht, opteert de wetgever hiermee voor een revolutie in het goederenrecht: rechttoe rechtaan wordt een gesplitst eigendomsrecht geïntroduceerd in het Nederlandse goederenrecht. Zowel de rechthebbende van de grond als de rechthebbende van het kabelnetwerk hebben krachtens de wet een eigendomsrecht, terwijl de aloude superficies-regel in dergelijke gevallen natrekking bewerkstelligde.

Het probleem met deze ingreep in het wettelijk systeem is niet zozeer de rechtspolitieke keuze om een bijzonder regime te creëren voor kabelnetwerken, maar de wijze waarop de wetgever deze keuze verwezenlijkt. De wetgever had namelijk ook voor een andere wetssystematische inbedding kunnen kiezen: het opstalrecht vormt bij uitstek een geschikt goederenrechtelijk instrument om natrekking van de eigendom te voorkomen en de opstaller de eigendom te verschaffen van een opstal met voldoende

---

261 Zie o.a. A.A. van Velten, WPNR 6641 (2005), en *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2<sup>e</sup> druk 2006, h. 15, en B.A.M. Janssen, *Eigendom van ondergrondse netwerken*, NTBR 2006/4, nr. 17, p. 122-131.

zelfstandigheid. Ook wanneer de wetgever de netwerkexploitanten verregaand ter wille wil zijn door van rechtswege zelfstandige eigendom voor het netwerk te creëren zonder dat op de gebruikelijke wijze een opstalrecht wordt gevestigd, had de wetgever het ontstaan van rechtswege van een opstalrecht ten gunste van de aanlegger van een kabelnetwerk in de wet kunnen neerleggen door aanvulling van titel 5.8 BW.<sup>262</sup> Het is voor mij onbegrijpelijk dat de wetgever kiest voor een wetssystematische inbedding die een flagrante schending oplevert van het systeem van het goederenrecht. Een van de risico's is dat later aansluiting wordt gezocht bij deze vorm van gesplitste eigendom om ook andere gevallen erkend te krijgen.<sup>263</sup> Ik houd het erop dat bij de wetgever en zijn adviseurs niet steeds voldoende besef leeft van het begrippenkader van het goederenrecht en zijn historische wortels.

Met deze dogmatische studie is getracht de herkomst en de betekenis van de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten te traceren en de daaraan verwante begrippen in kaart te brengen. Daarbij is ruimschoots gebruik gemaakt van de teleologische interpretatiemethode, opdat de achterliggende belangenafwegingen op de voorgrond kwamen. Het dogma van de *numerus clausus* heeft daarmee reliëf gekregen. De *numerus clausus* in het goederenrecht kan zo beter op waarde worden geschat.

---

262 In WPNR 6424 (2000), p. 836-837, heb ik een dergelijk dogmatisch kader geschetst door een bepaling uit de Telecommunicatiewet inzake eigendom van telecommunicatienetwerken te analyseren als een wettelijke grondslag voor het ontstaan van een opstalrecht van rechtswege.

263 Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, 1871, p. 429, stelde terecht als vuistregel "een anomalie mag niet tot analoge gevallen worden uitgebreid", met verwijzing naar Fragment 14 en 15. de legib. "Dat beide plaatsen hetzelfde beteekenen, bewees Donellus Comm 1 14 § ult " D 1,3,14 en 15 luiden 'Quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris' "

## THE *NUMERUS CLAUSUS* IN THE LAW OF PROPERTY

### 1. Introduction

The *numerus clausus* in the law of property concerns the general principle that the number of property rights is limited and these rights cannot be expanded or modified by individual parties according to their specific wishes and needs

The *numerus clausus* is sometimes called one of the great dogmas of the civil law legal systems. Its characterisation as dogma is illustrative of its status emblematic, enigmatic, elusive, fundamental and controversial. In an article published in 1953, Vera Bolgár famously stated

The *numerus clausus* rule, which has no apparent practical value might well be left to the museum of *Begriffsjurisprudenz* <sup>1</sup>

This strong statement invited an investigation of the scope, origin and justification of the *numerus clausus* principle

Equally provocative was the traditional view that the *numerus clausus* is characteristic of civil law legal systems and unknown to the common law. Other sources of inspiration for this investigation were the ratification by the Netherlands of the 1984 Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition and the Hansa decision of the highest Dutch court, the *Hoge Raad*. The ratification of the Hague Convention raised the spectre of an English trust rearing its head within the Dutch legal order. In the Hansa case, the *Hoge Raad* created the possibility for parties to choose the law governing the proprietary aspects of the assignment of a debt <sup>2</sup>

The *numerus clausus* is better known in the Netherlands as the 'closed system' of property law (*het gesloten systeem van het goederenrecht*). It is

---

1 Vera Bolgár, *Why No Trusts in the Civil Law?*, (1953) 2 Am J Comp Law 214

2 HR 16 May 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 585 (Brandsma q q/Hansa Chemie). See further: The proprietary aspects of international assignment of debts and the Rome Convention, Art 12 [1998] LMCLQ 345-360, and Assignment and the Rome Convention (Case note), (2002) 118 LQR 15-20

unclear where either term comes from. The 1888 explanatory *Motive* to the draft text of the German BGB spoke of '*die geschlossene Zahl*' of property rights.<sup>3</sup> The words *numerus clausus* seem to have first been used by the German Franz Wieacker in 1938; they reappeared in several places at about the same time, in 1952 in Italy and in 1953 in the title of Bolgár's article, which was published in the United States. A reference to a closed system of property law first appeared in the Netherlands in 1961 in the reports of the deliberations of the Dutch legislature on the draft of a new civil code, the *Burgerlijk Wetboek* of 1992 (the "1992 *Burgerlijk Wetboek*" or "BW").

Both terms raise the question of the scope of this principle of Dutch property law. Interpreted narrowly, the *numerus clausus* concerns the categories and types of *iura in re aliena*, limited real rights in the property of another (*beperkte rechten*, hereinafter "limited property rights"). Interpreted more widely, the *numerus clausus* also concerns the content of full ownership rights in (*volledige rechten*) both tangible assets (*zaken*, or "things"), whether movable or immovable, and intangible assets such as shares, debts (*vorderingen*) and intellectual property rights.<sup>4</sup> The term 'closed system' may also be taken to refer to other rules and concepts of property law, such as those pertaining to how a property right (*goederenrechtelijk recht*) can be acquired or lost and a power over one's property can be conferred on someone else.

## 2. The foundations of the *numerus clausus*

Several articles in the 1992 *Burgerlijk Wetboek* enshrine the *numerus clausus* principle more or less explicitly, where they refer generally to types of property rights and types of situations that have a statutory basis. Article 3:81(1) BW, a provision in the part of the code containing general rules on the acquisition of property rights, implicitly requires a statutory basis for each type. It states:

He who is entitled to an independent and transferable right can, within the boundaries of that right, create the limited property rights that are mentioned by statute<sup>5</sup>

3 *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe (1888), p. 3

4 Since the 1992 *Burgerlijk Wetboek* entered into force on 1 January 1992, the term ownership (*eigendom*) has, strictly speaking, applied only to tangible property and not to intangible property, such as debts and intellectual property rights

5 Article 3:81(1) BW reads in Dutch: Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen



This article on the types of property rights - sometimes referred to by the German word *Typenzwang* - is thought to reflect most clearly the existence of the *numerus clausus* in the Dutch law of property.<sup>6</sup> The article further implies that the content of the different types of property rights is likewise prescribed by statute (*Typenfixierung*)

Under the wider interpretation of the closed system, the rules on transferability also appear relevant. Article 3:83(1) BW states that (i) the ownership of things, (ii) limited property rights and (iii) debts are transferable unless a statutory provision or the nature of the right dictates otherwise. Article 3:83(3) BW states that rights other than ownership, limited property rights and debts are transferable only if a statute so provides. Similarly, Article 3:80(3) and (4) BW states that assets are acquired or lost in the manner prescribed for each type of asset by statute.<sup>7</sup>

Finally, the controversial Article 3:84(3) BW enshrines the prohibition of fiduciary transfers of ownership.<sup>8</sup> Any such fiduciary transfer, whether *cum creditore* or *cum amico*, is void. This prohibition is thought to create an obstacle to all forms of dual ownership and other ways of splitting ownership not laid down by statute. As such, Article 3:84(3) BW may be understood as one of the foundations of the *numerus clausus* in Dutch property law.

The Dutch legislature considered the *numerus clausus* in some detail in the 1960s and 1970s when it discussed the various drafts of the 1992 *Burgerlijk Wetboek*. The explanatory memorandum to the first draft, both written by the great 20<sup>th</sup> century Dutch scholar Eduard Maurits Meijers, stated explicitly that the draft enshrined the *numerus clausus* principle. Later in the process, the legislature agreed to slightly relax the restrictions on party autonomy resulting from this principle by offering parties several statu-

---

6 Two other articles contain rules bearing some resemblance to the principle of *numerus clausus*. Article 3:277(1) BW refers to the equality between creditors 'except for grounds of preference that are recognised by statute (*behoudens door de wet erkende redenen van voorrang*), and Article 4:42(1) BW defines a disposition by last will and testament (*uiterste wilsbeschikkingen*) as a unilateral legal act [ ], that is provided for in Book 4 BW or is recognised as such by statute (*Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling [ ], die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig is aange-merkt*).

7 As used in all these articles, the term 'statute' refers to a law enacted by parliament. Regulations and rules issued or passed by other governmental and local authorities fall outside the notion of statute.

8 Article 3:84(3) BW reads 'A juridical act intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property into the *patrimonium* of the acquirer, after transfer, does not constitute valid title for transfer of that property'.

tory possibilities to adapt, limit or expand the powers and obligations arising from a limited property right they have created.

In addition, the legislature made it possible to give proprietary effect to certain types of obligations in respect of land by registering them in the land register. As a general rule, the obligation must be one to allow certain action to be taken or to refrain from taking certain action in respect of the obligor's land (*dulden of niet doen*), and not an affirmative one (*in faciendo*). If registered, such an obligation is binding upon acquirers of that land. Even though belonging to the law of obligations, this type of obligation, which binds the obligor in his capacity as owner of the land (*kwalitatieve verplichting*), can be seen as a statutory expansion of the *numerus clausus* (the *Typenzwang*).<sup>9</sup>

It is not in the nature of Dutch courts to explicitly embrace a dogma such as the *numerus clauses* or any other dogma. Moreover, in the 19th century, the courts appeared willing to afford parties the freedom to create new types of property rights. This changed after the 1905 landmark decision of the *Hoge Raad in Blaauboer/Berlips*.<sup>10</sup> In that case, the court held that the obligation of an owner of land to construct a road on adjacent plots had not passed to his successor in title to the land because (i) the obligation did not take the form of a property interest, (ii) as an obligation *in faciendo*, it could not constitute a property interest and (iii) it had not been registered in the public land register.

Since that decision, and in particular since the 1992 *Burgerlijk Wetboek*, Dutch courts have referred occasionally to the closed system of Dutch property law. More importantly, they have seemed inclined to interpret the statutory rules of property law rather strictly.

Nevertheless, Dutch scholars continue to disagree on the scope of the *numerus clausus*. Lurking behind discussions regarding terminology is the fundamental debate on whether the *numerus clausus* is limited to the traditional property rights, being ownership and the limited property rights, i.e. (i) servitude (*erfdienstbaarheid*), (ii) usufruct (*vruchtgebruik*), (iii) *emphyteusis* (*erfpacht*), (iv) *superficies* (*opstalrecht*), (v) mortgage (*hypotheekrecht*) and (vi) pledge (*pandrecht*), or whether the *numerus clausus* also encompasses

9 In the common law, such obligations can be compared to covenants running with the land.

10 HR 3 March 1905, W. 8191. See further S.E. Bartels and J.M. Milo, Contents of Real Rights: Personal or Proprietary - a Principled History, in: Contents of Real Rights, S.E. Bartels en J.M. Milo (eds.), Wolf Legal Publishers, 2004, p. 5-23.

ses 'modern' types of property rights such as rights to goodwill and internet domain names.

### 3. Origin of the *numerus clausus*

It is generally assumed that the *numerus clausus* is a German invention that was developed by the Pandectists in the 19<sup>th</sup> century and incorporated in the 1900 draft of the BGB as one of its fundamental principles. Without any doubt, the restrictions on party autonomy in the law of property formed an essential part of the model for private law that was developed by Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) and his followers.<sup>11</sup> Other elements of this model were a new abstract, absolute and total concept of ownership, the notion of a thing that excludes intangible assets, a strict specificity requirement for property rights, a rejection of transfer restrictions with proprietary effect, the autarky of the law of property vis-à-vis the law of obligations and general protection for bona fide acquirers against a defect in the transferor's title. As it is now understood by most scholars, the *numerus clausus* is deeply rooted in 19<sup>th</sup> century German legal thinking.

However, an investigation of the Dutch sources shows that the *numerus clausus* of property rights was incorporated in very clear words in early drafts for a new Dutch civil code around 1800, most articulately in an 1816 draft by Joan Melchior Kemper (1776-1824). Kemper's draft stated explicitly that the only rights one could have in the property of another were the rights treated in the code, and that all other rights were personal only. The early drafts were superseded by codes modelled on the French *Code civil*. A provision in the old Dutch *Burgerlijk Wetboek* of 1838 contained a non-exhaustive catalogue of real rights, similar to Article 543 of the French *Code civil* and equally inadequate as a statutory foundation for a *numerus clausus* of property rights. Consequently, 19<sup>th</sup> century Dutch courts were inclined to grant parties considerable liberty to devise new types of property rights outside the scope of the old *Burgerlijk Wetboek*.

The *numerus clausus* received a warmer reception in 19<sup>th</sup> century Dutch doctrine than in the courts. The works of both Diephuis (1817-1892) and Opzoomer (1821-1892), two monumental 19<sup>th</sup> century legal scholars in the Netherlands, show a clear tendency to adhere to a strict interpretation of

---

11 Wolfgang Wiegand, *Numerus clausus der dingliche Rechte - Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas*, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte* (Festschrift Karl Kroeschell), *Rechtshistorische Reihe* Band 60, 1987, p. 623-643.

the old *Burgerlijk Wetboek*, the statutory provisions were their main focal point when describing and analysing the limits of the law of property. Telling are a number of references in the work of Diephuis to the French author Demolombe (1804-1887).<sup>12</sup> Where French courts and doctrine of that period predominantly favoured a large role for party autonomy in the field of property law, Demolombe argued extensively for adherence to the types of property rights chosen and regulated by the French legislature. The line taken by Diephuis and Opzoomer became so deeply entrenched in Dutch legal thinking that opposition was too little and too late for the *numerus clausus* to be rejected. As mentioned above, in 1905 the *Hoge Raad* cemented the foundations of the *numerus clausus* in Dutch law.

It must be concluded that the *numerus clausus*, as the expression of the will of the legislature, has been part of Dutch legal thinking since the era of codification in the early decades of the 19<sup>th</sup> century. However, the works of Savigny and the Pandectists fleshed out this principle, resulting in what is now understood as the *numerus clausus* and the closed system in the law of property. The hallmarks of the Pandectist thinking on party autonomy, the concept of ownership, the concept of a thing, free transferability and the protection of bona fide purchasers became ever more apparent in Dutch legal doctrine. They now characterise Dutch property law, as enacted in the 1992 *Burgerlijk Wetboek*, in very many ways.

#### 4. The *numerus clausus* in other legal systems

It used to be widely believed that the *numerus clausus* in the law of property was part of the civil law but not of the common law.<sup>13</sup> Indeed, many civil legal systems recognise the *numerus clausus* as a fundamental principle of their law of property, although such recognition is mainly in doctrine and case law, few codes contain explicit provisions on the *numerus clausus*. Closer comparative analysis shows, however, that the status of the *numerus clausus* in civil law and common law countries is not always as supposed and the distinction between them on this point is blurred.

Strikingly, French law itself is not thought to endorse the *numerus clausus*. On the basis of the classic *Caquelard* case, decided in 1834, most

12 C. Demolombe, *Cours de Code Napoleon*, band IX, *De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 1854, nrs 462-532, p. 351-470.

13 See René David, *Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé)*, 1<sup>st</sup> edition 1964, no. 311 (Conception anglaise des tenures), with a reference to F. H. Lawson, *The Law of Property*, 1958, p. 59; F. H. Lawson, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VI, *Property and Trust*, F. H. Lawson (ed.), Chapter 2, *Structural Variations in Property Law*, 1975, p. 138, § 2-274 and § 2-35.

authors submit that French law is characterised by party autonomy in the field of property law. In practice, however, the French courts tend to adhere to the types of property rights laid down in the *Code civil* and other statutes. There appear to be very few examples of cases that could be said to recognise some new kind of property right. In the field of proprietary security interests, French law is strongly dominated by special legislation. It took a special statute in 1980, the *Loi Dubanchet*, to give effect to a retention of title clause vis-à-vis other creditors of the acquirer. Almost all developments in French property law are the result of legislation.

Another legal system that supposedly does not endorse the *numerus clausus* principle is that of South Africa, one of the few legal systems that are often characterised as 'mixed' because of their origins in both common and civil law. Closer analysis reveals here as well that the South African courts have developed strict criteria for judging whether or not to recognise a new type of property interest. Property law in South Africa is therefore strictly regulated, if not by statute then by the courts.

Common law systems also display a different picture than once believed. Many scholars from the common law tradition now think that the *numerus clausus* characterises the legal systems of many countries sharing that tradition as much as it does those of the civil law countries. Merrill and Smith conclude:

"In the final analysis, the idea that property interests may be created only in limited numbers of standardized forms has a very odd status in the common law. If one observes what lawyers and judges do, it is clear that the *numerus clausus* exerts a powerful hold on the system of property rights ( ) from the perspective of the practicing lawyer, the entire system presents the picture of a fixed menu of options from which deviations will not be permitted. The chances of persuading a court to create a new type of property in any particular case are too remote to be taken seriously. In this respect, property law has always been and continues to be very different from contract law.

If one examines the official doctrine and the reasoning of the few cases that test the validity of the idea, however, the *numerus clausus* appears to have penetrated the consciousness of the common-law lawyers only weakly. Perhaps the best characterization of the status of the *numerus clausus* in American common law is that it is simply a fact about the way in which the system of property rights operates. The fact is so patent and obvious, so deeply entrenched, that it is rarely commented upon. But because it is so rarely commented upon, common-law lawyers have little to say in its defense when it is challenged."<sup>14</sup>

---

14 Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L.J. (2000), p. 23-24. Contrast Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The*

The absence of a *numerus clausus* in the common law of property appears to be a myth.<sup>15</sup> Furthermore, in the field of the American law of security interests, the common law rules have been superseded by Article 9 of the Uniform Commercial Code, which creates a uniform legal regime for all types of security interest, whatever form they take.

A bone of contention remains the trust. For some, this common law concept constitutes the ultimate proof that there is no *numerus clausus* in the common law, because parties can use a trust to devise any type of property interest they like, which interest can be invoked by the beneficiaries against third parties. For others, the trust creates flexibility without burdening third parties, because bona fide acquirers of trust assets tend to be well protected against possible rights of the beneficiaries and nowadays trustees possess wide powers of disposal over the trust assets.<sup>16</sup>

A comparative analysis shows that all legal systems have articulate rules on the creation of property rights and a catalogue of specific types of property interests. Full party autonomy seems to be anathema to property law. The only difference is the role played by statute: in some legal systems the *numerus clausus* is the product of case law rather than of intervention by the legislature.

## 5. Rationale behind the *numerus clausus*

The comparatist Rudden was one of the first to point out the enigmatic nature of the *numerus clausus*, not just for common lawyers but also for civil lawyers:

"Civilian doctrine has so little doubt that a closed list of real rights is necessary that its justifications are perfunctory"<sup>17</sup>

In 1987, he and the Swiss scholar Bénédict Foex each contributed independently to a greater understanding of the reasons for having a *numerus*

---

*Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, Journal of Legal Studies 31 (2002) 2, p 373-420, § XIII, p 417

15 See also B Rudden, *Economic Theory v Property Law The Numerus Clausus Problem*, in Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series 1987, p 241 and 243, and in Lawson/Rudden, *The Law of Property*, 3<sup>rd</sup> ed 2002, p 194-195, and W Swadling, *Property - General principles*, in English Private Law, 2000, vol 1, § 4 11-4 14

16 Merrill and Smith, p 34 See also Merrill en Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 Columbia LR (2001) 773, p 848-849, and Henry E Smith, *The Language of Property Form, Context, and Audience*, 55 Stanford LR (2003) 1105, p 1190

17 Rudden, 1987, p 249

*clausus*.<sup>18</sup> Further analysis was carried out within the law and economics movement; Merrill and Smith, on the one hand, and Hansmann and Kraakman, on the other, later deepened and refined the economic analysis of the *numerus clausus* principle.

The reasons for a *numerus clausus* can be grouped into three clusters. The first has an ethical dimension: the *numerus clausus* serves to protect basic freedoms. When drafting the French *Code civil*, the French legislature sought to abolish old feudal rights that violated the fundamental freedoms of citizens. In addition, one of the objectives of the French Revolution was to obtain better protection of private property against expropriation by the sovereign without compensation. Both aims were achieved through the enactment of a statutory scheme in respect of property rights which scheme excluded property rights that were overly burdensome, banned many types of obligations *in faciendo* arising from property rights and incorporated an absolute notion of ownership that was immune from unfettered intervention by the state. The French *Conseil Constitutionnel* made clear in 1982 that the link between property and fundamental rights has not diminished in modern times:

"Si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution, caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique."<sup>19</sup>

The *numerus clausus* reflects the ethical choices made by the legislature in a particular country, not merely by offering some types of property rights and abandoning others, but also by incorporating special protection for certain parties where deemed necessary.

The second cluster has an economic dimension: the *numerus clausus* serves to increase trade. The French *Code civil* and, to an even greater extent, the German BGB of 1900 sought to facilitate the free flow of trade and commerce by reducing legal restraints and safeguarding the free transferability of goods. One of the means used was to deny proprietary

18 Bénédicte Foëx, *Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière*, Collection Juridique Romande, Payot, Lausanne, 1987.

19 Conseil Constitutionnel 16 janvier 1982, D. 1983, 169; JCP 1982, II, 19788, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000, no. 1.

effect to transfer restrictions and another was to offer protection to bona fide purchasers of property from a seller lacking title. More fundamental was the standardisation of property rights by providing clear rules on the content of each type and the rights and obligations flowing from it. Standardisation is a core aspect of the *numerus clausus*. It reduces the information costs and transaction costs in respect of property.<sup>20</sup> In addition, since the essence of property rights is that they have effect against third parties, the legislature can, by recognising certain rights in respect of property as property rights, facilitate and enhance the trade and use of that property in the manner it prefers.<sup>21</sup>

The third cluster has an organisational dimension: the *numerus clausus* is part of a legislative technique to increase legal certainty. The *numerus clausus* eliminates the need for general rules on property rights and a general definition thereof: adequate rules for specific types suffice. These rules concern not only the content of each type of property right, but also the specific requirements for its creation, transfer and abandonment. This dimension explains the rule set out in Article 3:83(3) BW (cited above), a rule that at first seems odd: rights other than ownership of things, limited property rights and debts are transferable only to the extent provided by statute. This paradoxical rule need not be interpreted as a restriction on the transferability of new types of property rights. Rather, it can be understood as a reflection of the organisational dimension of the *numerus clausus*, because it presupposes that each type of right requires adequate and appropriate rules for its creation and transfer. This presupposition is of course related to the need to provide adequate means of publicity for rights that, being property rights, have effect against third parties.

## **6. Impact of the *numerus clausus* on the creation of property rights**

The *numerus clausus* restricts party autonomy. In order to measure the impact of this restriction in a particular legal system, it is necessary to investigate how much room parties have to adapt and modify the type of property right they are creating, and what criteria the courts apply to determine the validity and effect of the result. An adaptation or modification may consist of either supplementing the powers and obligations arising from a specific type of property right or, as is more often the case, restricting or reducing those powers and obligations.

---

20 Merrill and Smith, o.c.

21 Hansmann and Kraakman, o.c.



Dutch property law does not allow every additional power or obligation to become part of the property right. Meijers' explanatory memorandum to his first draft of the 1992 *Burgerlijk Wetboek* formulates the essence test (*voldoende verbandvereiste*) as follows: if parties agree to additional powers or obligations upon creating a property right, those powers and obligations may only be treated equally with the powers and obligations that are part of the statutory content of that right if the additional powers or obligations have a sufficient connection with the essence of that type of property right. For example, in respect of *emphyteusis*, only obligations that directly concern the enjoyment and the maintenance of the encumbered land can be added to the content of this right and have effect against third parties and acquirers of the land.

Furthermore, Dutch property law is thought to be reluctant to recognise obligations *in faciendo* as proprietary. Although the law on this point is uncertain, where a party seeks to add an obligation *in faciendo* to a property right, that obligation will only be accepted as part of the property right if it resembles an obligation to maintain and service land or buildings, or an ancillary obligation to pay a charge for the use of the property of another. Maintenance and ancillary payment obligations are the sole examples of property obligations *in faciendo* forming part of the statutory content of some types of property rights.

More often, parties seek to reduce or restrict the scope of a particular property right. Three ways of doing this can be distinguished. The first is where the grantor and grantee of the property right agree that only certain specified powers will accrue to the grantee and not all the powers normally arising from that property right. With respect to a right of usufruct, this could mean limiting the statutory powers (*usus* and *fructus*) to, for instance, the power to enjoy the physical fruits and the shade of a tree owned by the grantor (but not the dead wood). With respect to a servitude of way, this could mean restricting it to the right to enter the property on horseback for the purposes of a fox hunt. Modification of a property right by specifying and restricting the powers conferred on the grantee - the power dimension - implies a deviation from the statutory content of such right.

The second way in which parties attempt to restrict a property right is by limiting its scope to a part of the property - the spatial dimension. The classic manner of effecting a spatial delimitation of land is by vertically splitting the parcel into two smaller ones. The *Hoge Raad* has held that such a delimitation is also possible if there is a building on it, provided that the building could, according to common opinion (*verkeersopvattingen*), also be split into functionally and technically separate parts. Much

more doubtful is the validity of splitting the rights to a building into horizontally separate parts. Increasingly, complex building projects are legally structured by granting separate property rights for different layers, such as a right of *emphyteusis* (*erfpacht*) for the underground parking and a separate right of *emphyteusis* for the building's foundations (the former being limited to the underground space) plus one or more separate rights of *superficies* (*opstal*) for one or more levels of the building above the ground. It is often difficult to say whether the parties intended to create a property right in respect of only part of the property or a property right in respect of the whole property but conferring powers merely in respect of a specified part thereof. The former legal structure is unlikely to be valid, as it runs counter to the principle that a property right can only concern property as a whole. The latter structure may be thought to amount to an evasion of the statutory regime on apartment rights (*appartementenrecht*).

The third way in which parties sometimes attempt to restrict a property right is by limiting it in time - the time-dimension. Time restrictions come in two forms. Firstly, parties may seek to restrict the duration of a property right itself; in Dutch law, only the right of usufruct is characterised by mandatory statutory limits on its duration. Secondly, parties may restrict the right to exercise the powers conferred by the right to some set period each year. Timeshare is a phenomenon that fits rather uneasily into the classic notion of a property right. Again, it is often uncertain whether, for example, the parties intended to create a property right that exists only on Mondays, or a continuous right that confers powers only on Mondays. The validity of the former variant of timeshare is even more doubtful than the validity of the latter.

The three dimensions illustrate the ways in which parties may want to modify and adapt the types of property rights offered by the law of property. The room available for party autonomy in this field depends greatly on the boundaries set by the *numerus clausus*.

## 7. Dual ownership and the *numerus clausus* of powers

The statutory prohibition of fiduciary transfers of ownership in Article 3:84(3) BW has banned from Dutch property law the internationally widely-used technique for securing the repayment of credit by way of a fiduciary transfer. Furthermore, it cut short a possible development towards ownership that is split into legal ownership and beneficial ownership, which is generally regarded as characteristic of the English-style trust. Fiduciary ownership, whether *cum creditore* or *cum amico*, is thought

to create dual ownership, which is difficult to reconcile with the civil law notion of absolute and exclusive ownership.

The reasons for the *fiducia-verbod* are a matter of both principle and pragmatism. In the perception of Meijers, a legal system that separates legal title (*recht*) from beneficial interest (*belang*) is flawed; as a general principle, the legislature should opt to confer title on the party with the prime interest. Conferring full title on a creditor instead of only a security interest would give him more rights and powers than he needs and would constitute an "overdistribution" (*overbedeling*) of rights and powers to that creditor. The issue here is not so much one of justice as one of pragmatism in the organisation of the law: the aim of the *fiducia-verbod* is to provide the debtor with sufficient standing in law (*locus standi*), by way of a bare ownership right, to enable him to safeguard his interest in the asset controlled by the creditor. As a result of forcing such parties to create a pledge instead of transferring ownership for fiduciary purposes, ownership remains with the debtor, who therefore retains his *locus standi* and can safeguard his interests. Furthermore, this enables him to profit from his ownership interest by transferring it (subject to the security interest) or creating a second right of pledge.

Similar reasons explain the prohibition of *fiducia cum amico*. If it is necessary for one party's property to be administered by another who is more careful or competent, it does not make sense, according to Meijers, to deprive the incompetent party of his full ownership and grant it to the other party, who requires only powers of administration. In such cases, the legislature should opt to confer those powers on the administrator and give them effect against both the owner himself and third parties. Instead of the English-style trust, Meijers proposed to expand the old Dutch concept of *bewind*. The essence of this concept is that the party whose property is made subject to the *bewind*, usually by a court, (the *onderbewindgestelde*) remains the owner, but loses a number of his ownership powers: the powers of administration and of disposal are conferred on the administrator (*bewindvoerder*). Thus, the administrator gets the powers he needs, and the incompetent party is not deprived of more than is necessary.

In the light of this, two phenomena in current Dutch property law should be mentioned. On the one hand, there is the implicit statutory recognition of the retention of title clause as a valid security device that can be invoked against other creditors of the buyer. Retention of title is functionally so close to a transfer of ownership for fiduciary purposes that the difference in treatment is hard to explain. Equally important is the pragmatic dimension: the seller does not need more than a security interest,

whereas the buyer needs more than an expectancy of ownership, not only to protect his interest against actions by the seller or third party that affect the property, but also to be able to capitalise on it through a transfer or pledge. Retention of title therefore runs counter to the underlying philosophy of the system of Dutch property law.

On the other hand, there is the controversial provision in Article 3:85 BW under which a transfer of ownership for a set period of time is converted by operation of the law into the creation of a right of usufruct. This rules out the possibility of temporary ownership in Dutch property law. This provision, which many find difficult to explain, fits in perfectly with Meijers' views on an efficient and pragmatic manner of organising property law. The usufruct provides the intended temporary owner with the use and fruits of the property for a limited period of time, while the intended subsequent owner already gets a bare ownership right, which not only gives him *locus standi* to protect his future interest but also enables him to trade it for value.

Thus, the system developed by Meijers consists of three categories of entitlements in respect of an asset: personal rights, proprietary rights and what can best be described as proprietary powers in respect of an asset. Examples of the latter, apart from the powers of a *bewindvoerder*, are the powers of a liquidator in respect of the assets in an insolvent's estate and the powers of a notary and a lawyer in respect of client money in a special account.

Such proprietary powers over someone else's property, which powers should be carefully distinguished from rights (*subjectieve rechten*), are exceptional in nature and exist only where prescribed by statute: there is a separate *numerus clausus* of such extraordinary proprietary powers.<sup>22</sup> As a consequence, parties cannot split ownership in ways not provided for by statute. More specifically, the *numerus clausus* prevents parties from splitting off a power comprised in a property right and conferring that power separately on another person. This is possible only if the power either takes the form of one of the statutory property rights *in re aliena*, or is designated by statute as a special proprietary power.

---

22 A subjective right (*subjectief recht*) differs from a 'proprietary power' in that a subjective right can be transferred, seized by a third party and pass by universal succession (*vatbaar voor overdracht, beslag en overgang onder algemene titel*), whereas none of these is possible with a proprietary power. As a consequence, what happens if the holder of a special proprietary power dies or ceases his activities is determined by statute.

## 8. Scope and consequences of the *numerus clausus*

The *numerus clausus* raises three further questions.<sup>23</sup> First, does the law of property allow parties to make use of alternative property rights and structures instead of the statutory property right created for such situations? For instance, by reshaping and modifying a right of *superficies*, it seems possible to replicate a right of *emphyteusis* without actually choosing this type of right. Another example is a perpetual right of *emphyteusis* without an obligation to pay a charge; such a limited property right mimics ownership, except that the holder of the right of *emphyteusis* may incur some obligations arising from the limited property right which obligations could not bind him and his successors as owner. In addition, co-ownership and a transfer subject to a condition subsequent (*ontbindende voorwaarde*) could in theory make it possible to circumvent statutory restrictions on property rights. The extent to which such creativity is allowed under Dutch property law is unclear.

Secondly, where the law offers a type of property right for a specific situation, may the parties use the law of obligations to supplement or imitate that type of property right? The answer to this question is probably yes, but the likelihood decreases if the alternative achieves almost the same effect without satisfying the safeguards installed by the law of property.

The third question is whether the *numerus clausus* allows for an entirely different application of a certain type of property right in new situations. A statutory property right can be seen as reflecting a legislature's choice to offer that type of right. The legislature will have had in mind the situations in which that right is to be used. Seen in this perspective, it is not necessarily self-evident that parties are free to use that type of property right in a completely different setting in order to meet a completely new and different need. For instance, the right of *emphyteusis* has evolved from a legal framework for the development of raw land for agricultural use to a device used by municipal authorities to impose restrictions concerning the location, use and external appearance of buildings and a vehicle for structuring complex building projects.

These three questions regarding the creativity allowed by the *numerus clausus* principle automatically raise the issue of the consequences of an infraction. Nullity is one option; mere contractual effect (whereby the right cannot be invoked against third parties or by successors) is another.

---

23 A fruitful source of inspiration is Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, 1930, §§ 21 and 23.

In some cases, the application by analogy of the set of rules governing the alternative property right (*samenloop*) may provide the protection envisaged by the *numerus clausus*. Lastly, a property right modified beyond the limits of the *numerus clausus* could be converted by operation of law into another type of property right. The answers to these questions under Dutch law are not yet clear.

## 9. The future of the *numerus clausus*

The question of whether there is a future for the *numerus clausus* in the Dutch law of property should be addressed broadly, because the whole of Savigny's model for private law is at stake. One cannot assess the significance of the *numerus clausus* without also taking into account the notion of ownership, the third party effects of powers and obligations that result from property rights, the rules on transfer restrictions and the protection of bona fide purchasers. The whole system is geared towards enhancing the free flow of goods, and also safeguarding legal certainty and foreseeability for those involved with property of others in one way or another. The underlying reasons for a *numerus clausus*, be they ethical, economic or organisational in nature, have not lost their appeal.

The Dutch legal system, however, shows a tendency towards shifting control from the phase in which rights are created (*ex ante*) to the phase in which they are exercised (*ex post*). The 1992 *Burgerlijk Wetboek* contains a fairly complete framework of *imprévision* provisions, which give courts discretionary power to, upon request, limit, change or even abrogate property rights *in re aliena* when they have, over the course of time, become disproportionately onerous to the parties involved, or run counter to the general interest. More generally, the provisions on abuse of power and on objective good faith (*redelijkheid en billijkheid*) create means for adjusting the relationship between parties in a concrete case. It remains to be seen, however, whether these new checks and balances provide sufficient safeguards. In my view, these new judicial instruments constitute useful additional tools but cannot fully replace the *numerus clausus* as a means for enhancing legal certainty and foreseeability - both key elements of any law of property - and for facilitating commerce and trade.

The emergence of *ex post* control mechanisms opens up a new perspective that could give new significance to the *numerus clausus* and the closed system of the law of property. If the doctrines of *imprévision*, abuse of power and *redelijkheid en billijkheid* together reflect a general principle of proportionality, it becomes worthwhile to investigate which other principles underlie the law of property. Together with the proportionality

principle, a total of seven principles can perhaps be extracted from the rules of Dutch property law: the causality principle, being the rule that the system of transfer of property is causal rather than abstract; the delivery principle, being the rule that a transfer of ownership does not occur *ex solo consensu* but requires delivery or some other formality; the specificity principle, being the rule that property rights and the creation thereof require a specific object; the non-splitting principle, being the basic idea that a property right cannot be split in ways not provided for by statute and the rule that a property right and an act in respect thereof concern the whole of the property to which the right relates; the autonomy or transferability principle, being the concept that property is transferable to the greatest extent possible and that persons have largely unfettered powers of disposal; and the publicity principle, being the imperative that the general public is able to ascertain the property rights of each person, their content and transfers thereof. The *numerus clausus* can be understood as a mandatory system of fundamental principles that underlie the whole of the law of property.

Comparative analysis of other legal systems shows that the *numerus clausus* is not merely a choice for or against party autonomy in the law of property; it is also a matter of the allocation of powers between the courts and the legislature. In origin and in essence, the *numerus clausus* confers exclusive jurisdiction for the recognition of new types of property rights on the legislature. However, incontestably, the courts in all legal systems in fact play an important role in developing and shaping the specific property rights and the rules that govern them. A debate on the *numerus clausus* is therefore also a debate on who should take the lead in the development and modernisation of a law of property: the courts or the legislature?

Put in these terms, the future of the *numerus clausus* touches upon the fundamental justifications for codified law. In this debate, I opt for maintaining and enhancing the primacy of the legislature. Apart from the well-known general reasons for codified law, such as legal certainty, foreseeability, and democratic legitimacy, the primacy of the legislature in the development of property law is justified by the impact of property rights in society. Their effect on third parties requires a higher level of certainty: third parties should be able to know what to expect. Also, the long-term effects of property rights require policy choices for which the legislature is better equipped than a court.

Maintaining the primacy of the legislature in the field of property law should not be a gratuitous gesture. It implies that the legislature has a

duty to act and enact where and when the rules of property law require change or modernisation. The Dutch legislature should take a more active and leading role in adapting property law to the needs of commerce and society. This responsibility, however, is one that the executive and legislative branches share with the legal community. Practitioners and scholars should proactively support the legislature by clarifying the changes necessary to modernise the law of property and drawing up legislative proposals. In this way, the *numerus clausus* in the law of property becomes a living dogma, too significant and too vital for Vera Bolgár's museum of *Begriffsjurisprudenz*.



# LIJST VAN MEEST GEBRUIKTE WERKEN

## A

R.J.J. van Acht, Burenrecht, diss. Nijmegen, 1990

D.W. Aertsen, Lastgeving tot verkoop en levering in eigen naam, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7, 1997

D.W. Aertsen, De Trust - Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht, diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 29, 2004

R.J.A. Arduin, Timesharing, diss. VU, 1993, Ars Notariatus LXIV

Asser-Van der Grinten-Kortmann, De vertegenwoordiging, 2-I, 8<sup>e</sup> druk 2004

Asser-Hartkamp 4-I, De verbintenis in het algemeen, 12<sup>e</sup> druk 2004

Asser-Hartkamp 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, 12<sup>e</sup> druk 2005

Asser-Hartkamp 4-III, De verbintenis uit de wet, 12<sup>e</sup> druk 2006

Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III, Opdracht, lastgeving, 7<sup>e</sup> druk 1994

Asser-Maeijer 2-II, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, 8<sup>e</sup> druk 1997

Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, Algemeen goederenrecht, 14<sup>e</sup> druk 2001

Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten 3-II, Zakelijke rechten, 14<sup>e</sup> druk 2002

## B

S.E. Bartels en H.W. Heyman, Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed, WPNR 6306-6307 (1998)

S.E. Bartels, Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsonbevoegdheid - 'Zakelijkheid' van eigendomsverwachtingen, mede in het licht van de Duitse begrippen 'Anwartschaftsrecht' en 'Vormerkung', in: Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid, Nieskens-Isphording e.a. (red.), 1997, p. 86-90

S.E. Bartels, Modehuis Nolly (Rechtspraak klassiek), NTBR 2002/5, p. 192-197

S.E. Bartels, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen, diss. Utrecht, 2004

S.E. Bartels en J.M. Milo, Contents of Real Rights: Personal or Proprietary - a Principled History, in: Contents of Real Rights, S.E. Bartels en J.M. Milo (eds), 2004, p. 5-23

S E Bartels, Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald - Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel, *Vermogensrechtelijke annotaties (VrA)* 2004/2, p 4-23

H Batiffol, *The Trust Problem as Seen by a French Lawyer*, (1951) 33 *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Parts III and IV, p 18-25

G C J J van den Bergh, Schijnbewegingen - Hercodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief, *Recht en Kritiek* 13 (1987) 4, p 327-341

G C J J van den Bergh, Eigendom - Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip, 2<sup>e</sup> druk 1988

G C J J van den Bergh en C J H Jansen, Hendrik Jacob Hamaker de jurist tegenover het moderne denken, in *Beroep op de wetenschap - Utrechtse geleerden tussen universiteit en samenleving 1850-1940*, L J Dorsman (red ), 1999, p 104-119

M B de Boer, *Het bewind*, diss Utrecht, 1982, W E J Tjeenk Willink, Zwolle

Vera Bolgar, *Why no Trusts in the Civil law?*, (1953) 2 *Am J Comp Law* 204-219

## C

J L P Cahen, Deblokking van de blokkeringsclausule, oratie Groningen, 1966

J L P Cahen, Overeenkomst en derden, *Mon Nieuw BW* B-57, 2<sup>e</sup> druk 2004

Claus-Wilhelm Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in *Festschrift für Werner Flume*, 1978, Band I, p 371-427

M Cantin Cumyn, The Quebec Trust - a civilian institution with English roots, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, J M Milo & J M Smits (eds ), *Ars Aequi Cahiers* deel 12, 2001, p 73-81

Helmut Coing, *Europaisches Privatrecht*, Band I, *Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, 1985

Helmut Coing, *Europaisches Privatrecht*, Bd II, 19. Jahrhundert - Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, 1989

Pierre Crocq, *Propriété et garantie*, *Bibliothèque de droit privé*, tome 248, LGDJ 1995

## D

Jean Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, *RTDCiv* 1962, p 20-44 (recensie proefschrift Ginossar)

Frederique Dahan, Secured transactions law in Western advanced economies exposing myths, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, February 2001, p 60-66

- J H Dalhuisen, *European Private Law Moving from a Closed to an Open System of Proprietary Rights*, *Edinburgh L Rev* 5 (2001) 14-16
- W J M Davids, *Burenrecht*, Mon Nieuw BW B-26, 3<sup>e</sup> druk 1999
- C Demolombe, *Cours de Code Napoleon*, tome IX, De la distinction des biens, de la propriete, de l usufruit, de l usage et de l habitation, 1854
- G Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, deel 3, 1<sup>e</sup> druk 1846 en 2<sup>e</sup> druk 1857
- G Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, VI, 1<sup>e</sup> druk 1880 en 2<sup>e</sup> druk 1886
- J M van Dunne, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)*, in *In het nu, wat worden zal (Schoordijkbundel)*, Deventer 1991, p 45-64
- E
- J Eggens, *Over de verhouding van eigendom en verbintenis*, Mededelingen KNAW, nieuwe reeks, deel 23 no 7 (1960), p 187-204, ook weergegeven in de Eggensbundel, 1998, p 455-473
- Th C J A van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten - Artikel 3 83(3) BW nader beschouwd*, *Serie Onderneming en Recht*, deel 26, 2003
- J H M van Erp, *Via open normen naar Europees goederenrecht?*, in *Open normen in het goederenrecht*, S E Bartels en J M Milo (red ), 2000, p 61-77
- Sjef van Erp, *A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?*, in *Het plezier van de rechtsvergelijking - Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof mr E H Hondius*, K Boele-Woelki e a (red), geschriften NVVR, no 63, 2003, p 39-52
- J H M van Erp, *Positive duties in the grey area between contract and property*, in *Contents of Real Rights*, 2004, p 149-162
- J H M van Erp, *De osmose van het Nederlands en Europees goederenrecht*, *NTBR* 2004/10, nr 92, p 533-546
- F
- N E D Faber, *Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, in *Vertrouwd met de trust*, *Serie Onderneming en Recht*, deel 5, 1996, p 195-262
- N E D Faber, *Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde*, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, *Serie Onderneming en Recht*, deel 7, 1997, p 179-221
- Robert Feenstra, *Ius in re - Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, *Thorbecke-college* no 4 (1978), 1979

- P R Feith, Eene oude vraag - Beteekenis van art 1354 BW, Themis 58 (1897), p 629-665
- Th Vict J M Feldbrugge, Over het privilege voor huurpenningen van onroerende goederen, diss Groningen, 1906
- J E Fesevur, Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht, in Open normen in het goederenrecht, S E Bartels en J M Milo (red ), 2000, p 21-60
- J E Fesevur, Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht, de rechter reeds lang op het goede spoor, WPNR 6472 (2002), p 29-39
- J E Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 3<sup>e</sup> druk 2005
- H F W D Fischer, Zakelijke en absolute rechten, NJB 1949, p 553-560 en 585-595
- Benedict Foex, *Le "numerus clausus" des droits reels en matiere mobiliere*, Collection Juridique Romande, Payot, Lausanne, 1987
- Lon Fuller, The Morality of Law, revised edition 1969
- Andrea Fusaro, *The Numerus Clausus of Property Rights*, in E Cooke (ed ), Modern Studies in Property Law, vol 1 Property 2000, 2001, h 18, p 309-317
- G
- M S van Galen, Vruchtgebruik, diss VU, 2001, Ars Notariatus XCI
- Joaquin Garrigues, Law of Trusts, 2 Am J Comp L 25-35 (1953)
- P H M Gerver, Zijn regels wel regels? - Enige opmerkingen over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het hypotheekrecht, rede Amsterdam 1993, Deventer 1994
- M J E G van Gessel-de Roo, Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798, deel VII, Zakenrecht 1798-1820, Walburg Pers, 1991
- Ch Gielen, *Volghende het rechte oordeel van redene - Intellectuele eigendom en aspecten van burgerlijk recht de invloed van de redelijkheid en billijkheid en van zwaarwegende maatschappelijke belangen op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten en is Boek 9 echt nodig?*, rede RUG, 1993, Zwolle 1994
- Otto Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, Leipzig 1889
- Otto Gierke, *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, p 70, opgenomen in *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Bekker und Fischer (Hrg), Berlin 1889
- S Ginossar, *Droit reel, propriete et garantie - Elaboration d'un systeme rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Parijs, 1960

Vincenzo Giuffrè, *L' emersione dei ' iura in re aliena' ed il dogma del ' numero chiuso'* , Napels 1992

J E Goudsmit, Pandecten-Systeem, deel I Algemeen deel (1866) en deel II (1880)

W C L van der Grinten, Lastgeving, Mon Nieuw BW B-81, 1993

L Groefsema, Bevoegd beschikken over andermans recht, diss Groningen, 1993

F W Grosheide, Het conceptwetsvoorstel verhandelbaarheid van vermogensrechten bezien in het licht van faillissement en beslag, TvI 2002/special, p 256

F W Grosheide, Eigendom in de informatiemaatschappij, in Remedies in Zuid-Afrika en Europa - Bijdragen over privaatrecht en constitutioneel recht in Zuid Afrika, Nederland en België, Ius Commune Europaeum, Smits en Lubbe (red ), 2003, p 93-117

## **H**

O A Haazen en T H D Struycken, De binding aan precedenten, in De rol van de rechter in de moderne westerse samenleving, Mordenate College Publications nr 2, H G Schermers E A (red ), Leiden 1993, ISBN 90-74935-01-X, pp 91-150

O A Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht - Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer, diss Tilburg, 2001

Henry Hansmann en Reinier Kraakman, Property, Contract, and Verification The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, Journal of Legal Studies 31 (2002) 2, p 373-420, [www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/)

A S Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, oratie Utrecht 1992

A S Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon NBW A-1, 1<sup>e</sup> druk 1982, 3<sup>e</sup> druk 2002

A S Hartkamp, Compendium Vermogensrecht voor de rechtspraktijk, 6<sup>e</sup> druk 2005

Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, 3 Neudruck 1994, Scientia Verlag Aalen

J J van Hees, Leasing, diss KUN, Serie Onderneming en Recht, deel 8, 1997

E J J van der Heijden, De samengestelde rechtsbetrekking, WPNR 3065 (1928), p 609-612, ook in Verspreide geschriften, 2001, p 93-98

E M Hemmen, Beslag en rechtsgevolg, in Discussies omtrent beslag, verhaal en beschukingsbevoegdheid (TOGI-bundel), B W M Nieskens-Isphording e a (red ), 1997, p 27-35

H P J A M Hennekens, De openbare weg en het privaatrecht, diss Nijmegen, 1977

N.W.M. van den Heuvel, Zekerheid en voorrang, diss. Tilburg, 2004

N.W.M. van den Heuvel, Eigendom tot zekerheid 10 jaar na Sogelease, O&F 67 (2005), p. 2-11

H.W. Heyman, De geldigheid van de syndicaatshypothek bezien door de advocaat van de duivel, in: Onzekere zekerheid, Insolad-jaarboek 2001, J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), p. 187-197

H.W. Heyman, Blaauboer/Berlips - Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer (Rechtspraak klassiek), NTBR 2002/7, p. 298-307

H.W. Heyman, Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar, in: Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p. 77-92

H.W. Heyman, Contents of the Real Right: Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law, in: Contents of Real Rights, Bartels en Milo (red.), 2004, p. 71-81

H.W. Heyman, Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in: 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysierbundel), Ars Notariatus 129, 2005, p. 19-31

Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. Leiden, 1988

Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht, 9<sup>e</sup> druk 2005

Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen? - Privatrechts-theoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Jus Privatum 39, 2001

L.C. Hofmann, Het Nederlandsch zakenrecht, 1<sup>e</sup> druk 1933, 2<sup>e</sup> druk 1935, 3<sup>e</sup> druk 1944

Ph.A.N. Houwing, Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon, diss. Leiden, 1939

W.G. Huijgen, Erfpacht en publiekrecht, preadvies KNB, 1995

## J

C.J.H. Jansen, Vereniging Handelsrecht 1918-1993, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1993

C.J.H. Jansen, Popularisering van het recht in Nederland - Enige beschouwingen over de kloof tussen recht en volk in het laatste kwart van de 19<sup>e</sup> en in het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw, TvRg 63 (1995), p. 119-141

C.J.H. Jansen, De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht - Vreemd recht als voorbeeld voor de Nederlandse privaatrechtsbeoefening vanaf het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw, oratie KUN, 1998

C.J.H. Jansen, De idealen van E.M. Meijers (1880-1954) ten aanzien van de herziening van het burgerlijk wetboek, in: Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, p. 3-26

Th F de Jong, De Structuur van het Goederenrecht - Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem, diss Groningen, 2006

Juridische Spectator, Kunnen onder vigueur van het Burgerlijk Wetboek andere zakelijke rechten in het leven worden geroepen dan die, welke bij de wet uitdrukkelijk als zoodanig erkend zijn?, in Rechtsgeleerd Bijblad, behorende tot de nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving, Nieuwe reeks, derde deel, 1877, afdeeling A, geredigeerd door S J Hingst, p 232-240

## K

Lorenz Kahler, Private Disposition jenseits der Herrschaft des Gesetzes - zur Abdingbarkeit gesetzlicher Normen, in Carl-Heinz Witt/Matthias Casper et al, Privatisierung des Privatrechts, Boorberg (publisher), Koln, 2003, p 181 e v

J van Kan, Het vruchtgenot van art 584 B W, WPNR 2483-2486 (1917)

F C J Ketelaar, Oude zakelijke rechten, nu en in de toekomst, diss Leiden, 1978

I Kisch, Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten, diss Amsterdam, 1932

W M Kleijn, Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren, Vereniging voor Bouwrecht, publicatie nr 7, 1979

W M Kleijn en M M Olthof, Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek, WPNR 5561 en 5562 (1981)

W M Kleijn, Is de frontlijn tussen zakenrecht en verbintenissenrecht opgeschoven in het NBW?, in Goed en trouw (Van der Grinten-bundel), 1984, p 437-443

W M Kleijn, Vruchtgebruik, Mon Nieuw BW B-10, 1990

W M Kleijn, Het erfpachtrecht als wondermiddel?, in Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p 115-119

P C Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap - Legisme in de Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw, 1982

S C J J Kortmann, De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen, AAe 22 (1973), p 426-436

S C J J Kortmann, Verbonden aandelen als blokkeringsregeling, De NV 1991, p 281-284

S C J J Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, in Quod licet (Kleijnbundel), 1992, p 199-211

- S C J J Kortmann, Past "de trust" in het Nederlandse vermogensrecht?, in *Vertrouwd met de trust*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, 1996, p 169-193
- S C J J Kortmann en N E D Faber, Een streng bepaaldheidsvereiste geldend recht of 'wishful thinking?', *WPNR* 6374 (1999), p 750-753
- Frank Martin Krauss, *Das geteilte Eigentum im 19 und 20 Jahrhundert - Eine Untersuchung zum Fortbestand des Teilungsgedankens*, diss Tubingen, 1999, Rechtshistorische Reihe, Band 198
- L
- N K F Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Tweede Deel, 1e stuk, 1889
- N K F Land, Rechten op zaken, naar het ontwerp tweede boek B W van de Staatscommissie van 22 aug 1887, no 24, gepubliceerd in 1901
- G E Langemeijer, Juridische dogmatiek, 1961, Mededelingen KNAW, Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 25, no 10
- Lawson, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VI, Property and Trust, F H Lawson (ed ), Chapter 2, Structural Variations in Property Law, 1975
- J H A Lokin, De plaats van Meijers in de legistische traditie, in *Rechtsvinding onder het NBW - Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Kluwer 1992, p 5-39
- J H A Lokin, Het NBW en de pandektistiek, in *Historisch vooruitzicht - Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht*, BW-Krant Jaarboek 10 (1994), p 125-139
- J H A Lokin, De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in R Pieterman e a (red ), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de 19<sup>e</sup> eeuw*, 1994, p 29-42
- J H A Lokin en W J Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1992
- J H A Lokin, De taak van de rechtswetenschap bij Diephuis en Opzoomer, in G Diephuis en C W Opzoomer 1892-1992, *GOM IX* (1992), p 25-43
- J H A Lokin, *Prota - Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, 1993
- J H A Lokin en C J H Jansen, *Tussen droom en daad (lustrumbundel NJV)*, 1995
- J H A Lokin, Die Rezeption der Code Civil in den nordlichen Niederlanden, *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht* 2004, p 932-946, tevens in *GOM XXI* (2004)
- M A Loth, *Regelend en dwingend recht*, *Mon Nieuw BW A-19*, 2000



## M

G.E. van Maanen, Eigendomsschijnbewegingen - Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom, *Ars Aequi Libri*, 1987

J.M.M. Maeijer, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, 1966

R.S. Meijer, Het eerste van vijf; de exclusiviteit van eigendom, in: *Liber Amicorum NBW (De Die-bundel)*, 1991, p. 73-78

E.M. Meijers, Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten, *RM* 1907, p. 271 e.v., herdrukt in *VPO* 2, 1955, p. 8-26

E.M. Meijers, bespreking van een artikel van J. van Kuyk in *Themis* 1909/3, in *WPNR* 2104 (1910), p. 205-206

E.M. Meijers, Een nieuwe studie omtrent art. 1354 BW (recensie dissertatie Dullemond), *WPNR* 2629-2630 (1920), *VPO* III, p. 57 e.v.

E.M. Meijers, De trustee en het burgerlijk recht (recensie preadviezen BCN 1927), *WPNR* 2998 (1927), p. 413-416, *VPO* III, p. 184

E.M. Meijers, Eigendomsoverdracht tot zekerheid, preadvies Broederschap der notarissen 1936, *Correspondentie-blad van de Broederschap der Notarissen* 39 (1936), p. 237-284, tevens afgedrukt in *Bibliographie Meijers*, Leiden 1957, p. 250-296

E.M. Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, 1947, tweede ongewijzigde druk 1958

E.M. Meijers, De herziening van ons burgerlijk wetboek, *WPNR* 4041-4042 (1948), *VPO* I, p. 147

Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, (2000) 110 *Yale L.J.* 1-70

Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, (2001) 101 *Columbia LR* 773

J.H. Merryman, Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law, (1963) 12 *Am.J.Comp. Law* 224-231

R.F.H. Mertens, Appartementsrecht en de welstandsbepalingen, diss. Maastricht, 1989

C.G. van der Merwe, *Sakereg*, Durban, Butterworth, 2<sup>e</sup> druk 1989

C.G. van der Merwe en M.J. de Waal, *The law of Things and Servitudes*, 1993 - An extract from Joubert (red.), *The Law of South Africa*, volumes 25 and 27

C G van der Merwe, *Numerus Clausus* and the Development of new Real Rights in South Africa, in *Contents of Real Rights*, Steven Bartels en Michael Milo (eds), 2004, p 99-113

Derek van der Merwe, Property in Mixed Legal Systems South Africa, in *Property on the threshold of the 21st century*, Van Maanen/Van der Walt (red ), Antwerpen 1996, p 355-389

J C de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten*, diss Leiden, 1928

A I M van Mierlo en M V Polak, Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten, NIBE-Bankjuridische Reeks nr 31, 2<sup>e</sup> druk 1998

J M Milo, Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940 aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad, diss Maastricht, 1997

J R L Milton, Ownership, in *Southern Cross - Civil Law and Common Law in South Africa*, Zimmermann en Visser (eds ), Oxford, 1996, h 20, p 657-699

Wolfgang Mincke, Objects of Property Rights, in *Property on the threshold of the 21st century*, Van Maanen/Van der Walt (red ), Antwerpen 1996, p 651-665

## N

P L Neve, Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten, in *Op recht* (Struyckenbundel), 1996, p 223-232

P L Neve, Eigendomsvoorbehoud, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, no 60, 2000

B W M Nieskens-Isphording, Na de Vormerkung nu ook de Anwartschaftsrechte? Een stellingname tegen de Anwartschaftsrechte, een pleidooi voor de Vormerkung met derdenwerking, in *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, B W M Nieskens-Isphording, E M Hemmen en T H D Struycken (red ), 1997, p 105-114

J H Nieuwenhuis, Uit de ban van hier en nu - Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht, oratie Tilburg, 1980

Arthur Nussbaum, Sociological and Comparative Aspects of the Trust, *Col L Rev* 38 (1938), 408-430

## O

S N van Opstall, *Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen*, WPNR 4919-4926 (1966)

C W Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek - Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*, tweede deel, 1850

C W Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard*, Derde Deel, Art 555-783, 1871

C W Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Vierde Deel, Art 784-1268, 1876

A van Oven, Fiduciaire rechtsverhoudingen, NJB 1956, p 529-539

## **P**

R R M Paisley, Contents of the real right practical problems and dogmatic rigidity, in Contents of Real Rights, Bartels en Milo (eds), 2004, p 115-148

Anne-Marie Patault, Introduction historique au droit des biens, PUF, Paris, 1989

C E du Perron, Overeenkomst en derden, diss Amsterdam, 1999

Pitlo/Reehuis W H M Reehuis, A H T Heisterkamp, G E van Maanen, G T de Jong, Goederenrecht, 12<sup>e</sup> druk 2006

W B Plantenga, Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden, preadvies BCN 1957

A J H Pleysier, Nogmaals over het besparen van overdrachtsbelasting bij het vestigen van beperkte zakelijke rechten, WPNR 5621 (1982)

A J H Pleysier, De definitie van het opstalrecht in NBW, De Notarisklerk 1188 (1983), p 127

A J H Pleysier, Time-sharing, De Notarisklerk 1262 (1989), p 173-175, en 1263 (1990), p 2-4

A J H Pleysier, Iets over appartementsrecht en erfpacht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p 1-2

A J H Pleysier, Een geheimzinnige eigendomsvorm bij het opstalrecht, De Notarisklerk (1991), p 131

A J H Pleysier, Iets over de kadastrale gevolgen van een beperkt recht, rechtgevend op een gedeelte van een onroerend goed, De Notarisklerk 1295 (1992), p 158-159

A J H Pleysier, Erfpacht en opstal, Studiepockets privaatrecht nr 33, 2<sup>e</sup> druk 1995, 3<sup>e</sup> druk 2002

H D Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom, diss Leiden, 1997, Ars Notariatus LXXXIII

H D Ploeger, De juritectuur van de derde dimensie - Over meervoudig ruimtegebruik, rechten op lucht en een ruimtelijk kadaster, in Vast en goed (Van Veltenbundel), 2003, p 179-192

H D Ploeger en J E Stoter, 3D Kadaster en volumepercelen - Ruimtelijke verdeling van vastgoed, WPNR 6609 (2005), p 113-118

G H Potjewijd, Bekrachtiging en convalescentie - over de toepassing van art 3:58 BW bij beschikkingen over andermans goed, Studiepockets privaatrecht, deel 65, 2002

## R

W A K Rank, *Privatieve last tot hypotheekvestiging een nieuwe zakelijke zekerheid?*, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7*, 1997, p 465-479

W A K Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, oratie KUN, Serie Onderneming en Recht, deel 12*, 1998

E B Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss Leiden, 1992

E B Rank-Berenschot, *Overdracht en toebehoren onder tijdsbepaling (achtergrond en betekenis van art 3 85 BW)*, in *Van Beheering - Goederenrechtelijke beschouwingen (Grotusbundel)*, 1998, p 149-162

E B Rank-Berenschot, H J Snijders, *Goederenrecht, Studiereeks burgerlijk recht, 3<sup>e</sup> druk* 2001

W H M Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW overeenkomsten en verschillen met zekerheids-overdracht met beschrijving van het overgangsrecht*, diss Groningen, 1987

Kenneth G C Reid, *Obligations and Property Exploring the Border*, in *The Limits of the Law of Obligations*, Daniel Visser (ed ), Juta, 1997, p 225-245

R L Th Rietbroek, *Toepassing van zakelijke rechten in de praktijk, Bouwrecht 1996/9*, p 702-708

M H E Rongen, *Securitisatie en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam*, in *Onderneming en effecten, Serie Onderneming en Recht, deel 13*, 1998, p 419-466

B Rudden, *Economic Theory v Property Law The Numerus Clausus Problem*, in *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series 1987*, John Eekelaar and John Bell (eds ), p 239-263, vertaald in het Italiaans gepubliceerd in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, p 451 e v

## S

V Sagaert, *Real rights and real obligations in Belgian and French law*, in *Contents of Real Rights*, Bartels en Milo (eds), 2004, p 47-70

Vincent Sagaert, *Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? - Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten*, oratie Leuven 2005, TPR 2005, p 983-1086

A F Salomons, *Op de bres voor het fiducia-verbod - Ofwel Meijers als kampioen der concurrent crediteuren*, NJB 1994, afl 37, p 1261-1266

A F Salomons, *De genade en ongenade van de eigenaar - Omvat het eigendomsrecht de bevoegdheid om eigen kunstschaten te vernietigen?*, oratie UvA, 2001

- A F Salomons, Exclusiviteit van de eigendom hoeveel solidariteit kan van een eigenaar verwacht worden?, in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, M W Hesselink e a (red ), 2003, p 241-259
- A C van Schaick, Contractsvrijheid en nietigheid, diss Tilburg, 1994, W E J Tjeenk Wil-link, Zwolle
- A C van Schaick, Verkeersopvattingen in het goederenrecht, in *Open normen in het goe-derenrecht*, Bartels en Milo (red ), 2000, p 79-90
- A H Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, diss Lei den, 2003
- F Schöbi, het lemma Sachenrecht, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Band IV, 1990, kolom 1221
- H C F Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe BW, 1986
- H C F Schoordijk, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht (recensie dissertatie E B Rank-Berenschot), NJB 1992/37, p 1202-1206
- H C F Schoordijk, Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort, NJB 1996, afl 26, p 1001-1008
- E J H Schrage, Ius in re corporali perfecte disponendi Property from Bartolus to the New Dutch Civil Code of 1992, in *Property on the threshold of the 21st century*, Van Maanen/ Van der Walt (red ), Antwerpen 1996, p 35-67
- Henry E Smith, The Language of Property Form, Context, and Audience, (2003) 55 Stanford LR 1105
- J M Smits, Van partijen en derden, over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten, GOM XIII (1996), p 41-64
- J M Smits, Bronnen van verbintenissen, Mon Nieuw BW A-2, 2003
- H J Snijders, E B Rank-Berenschot, Goederenrecht, Studiereeks burgerlijk recht, 3<sup>e</sup> druk 2001
- W Snijders, Bezitloze zekerheid op roerende zaken, in *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p 25 e v , tevens afgedrukt in *Wetgevende geschriften*, 1995, p 25-39
- W Snijders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B W , in *Speculum Lange-meijer*, 1973, p 453-471, tevens afgedrukt in *Wetgevende geschriften*, 1995, p 57-75
- W Snijders, De toekomst van de eigendom, in *In het nu, wat worden zal (Schoordijkbundel)*, 1991, p 249, tevens afgedrukt in *Wetgevende geschriften*, 1995, p 195-211
- W Snijders, Trustverdrag en Nederlands materieel recht, in *Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemadebundel)*, 1993, p 231-243, tevens afgedrukt in *Wetgevende geschriften*, 1995, p 243-253

- W. Snijders, Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering, in: CJHB (Brunnerbundel), 1994, p. 357-360, tevens afgedrukt in *Wetgevende geschriften*, 1995, p. 268-272
- W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie *Onderneming en Recht*, deel 7, 1997, p. 87-105
- W. Snijders, Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR 6365-6367 (1999)
- W. Snijders, De betrekkelijke waarde van de wet in euroland, oratie UvA, 2001
- W. Snijders, De invloed van boek 6 op het arbeidsrecht, in: *Onderneming en werknemer*, I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), Serie *Onderneming en Recht*, deel 22, 2001, p. 1-33
- W. Snijders, De openheid van het vermogensrecht - Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie *Onderneming en Recht*, deel 24, 2002, p. 27-58
- W. Snijders, Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 2003, p. 269-287
- W. Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht, WPNR 6607 en 6608 (2005), p. 79-85 en 94-102
- J.C. Sonnekus, Property Law in South Africa, Some Aspects Compared with the Position in Some European Civil Law Systems - the Importance of Publicity, in: *Property on the threshold of the 21st century*, Van Maanen/Van der Walt (red.), Antwerpen 1996, p. 285-331
- A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, diss. Nijmegen, Serie *Onderneming en Recht*, deel 31, 2005
- J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten - Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, diss. Leiden, 2003
- Matthias E. Storme, Vertrouwen is goed, dual ownership is beter - Elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht, R.W. 1996-1997, nr. 5, 5 oktober 1996, p. 137-154
- A.A.H. Struycken, Het rechtsbegrip - Theoretische onderzoekingen, diss. Leiden, 1903
- T.H.D. Struycken, De geschonden fiducie in het goederenrecht; over form en substance - Beschouwingen naar aanleiding van het Sogelease arrest, en de ratificatie van het Trustverdrag, in: *Op Recht* (Struyckenbundel), S.C.J.J. Kortmann, J.M.M. Maeijer, A.J.M. Nuytinck, S. Perrick (red.), 1996, p. 337-356
- T.H.D. Struycken, De aanspraken van de pandgever en de pandhouder op het geïnde, in: *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen, T.H.D. Struycken (red.), 1997, p. 143-155

- T H D Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7, 1997, p 121-162
- T H D Struycken, Problemes actuels des sûretés réelles mobilières aux Pays-Bas, in *Les garanties de financement Rapport Neerlandais, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Portugaises*, tome XLVII (1996), L G D J, Paris 1998, p 253-272
- T H D Struycken, De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en *Article 9 Uniform Commercial Code* over bepaaldheid en publiciteit, *AAe* 47 (1998), p 65-84
- T H D Struycken, De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste, *WPNR* 6366 (1999), p 577-582
- T H D Struycken, Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht, *NTBR* 2000/3, p 91-96
- T H D Struycken, Internet en de bescherming van een verkrijger van een roerende zaak krachtens art 3:86 BW, in Ondernemingen 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 24, 2002, p 211-239
- J Ph Suijling, Inleiding, 1<sup>e</sup> Stuk 1<sup>e</sup> Gedeelte, 1918
- J Ph Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht, 1940
- W Swadling, Property - General principles, in P Birks (ed.), *English Private Law*, 2000, vol I
- T
- J Talsma Jz., Onze zoogenaamde zakelijke zekerheidsrechten - proeve eener publicatietheorie, diss Groningen, 1930
- B M Telders, Niet in het Burgerlijk Wetboek geregelde zakelijke rechten, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* IX (1929), p 182-210
- F Terre en Y Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>e</sup> druk 2000
- A C F G Thiele, *Collective Security Arrangements*, diss Nijmegen, 2003
- L Timmerman, Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht - Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?, oratie Leiden 2004, *Ondernemingsrecht* 2005/1, nr 2, p 2-8
- W C Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden*, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1957

## U

C Æ Uniken Venema, Trustrecht en bewind - Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figuren in het Nederlandse recht, diss Groningen, 1954

C Æ Uniken Venema, Welke voorzieningen behoort de wet te bevatten betreffende fiduciaire rechtsverhoudingen (anders dan na dode)?, preadvies NJV 1956-I

C Æ Uniken Venema, Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (bespreking preadviezen Dyer en Van Loon voor de NVIR), WPNR 5727-5729 (1985)

C Æ Uniken Venema, Trustrecht in beweging, in Ongebonden recht bedrijven (NGB-bundel), G J Niezen e a (red ), 2000, p 247-282

## V

J B Vegter, recensie dissertatie van Rank-Berenschot, WPNR 6112 (1993)

J B Vegter, The distinction between true leases and secured transactions under the UCC (also containing some remarks on the prospect of a European security interest), in Molen-grafica 1994, p 163-190

A A van Velten, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed, diss VU, 1982

A A van Velten, Eigendomsvormen van de toekomst, in In het nu, wat worden zal (Schoordijkbundel), 1991

A A van Velten, Erfpacht, preadvies KNB 1995

A A van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, Ars Notariatus, deel 120, 1<sup>e</sup> druk 2003, 2<sup>e</sup> druk 2006

H L E Verhagen, Vijf jaar NBW artikel 3 84 lid 3 en de financieringspraktijk, Trema 1997/2, p 55-59

H L E Verhagen, Ownership-based fund management in the Netherlands, in Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds, D Hayton (ed ), 2002, p 95-113

L C A Verstappen, Overdracht onder algemene titel, in Onderneming en overdracht onder algemene titel, preadvies Vereniging 'Handelsrecht 2002, p 41-171

J B M Vranken, Misbruik van recht als overgangsfiguur, BW-Krant Jaarboek 1996, p 87 e v

J B M Vranken, Algemeen deel \*\*\* - Een vervolg, 2005

A E de Vries, Het recht van erfpacht volgens BW en NBW, Studiepockets privaatrecht 33, 1<sup>e</sup> druk 1984



R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud - Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard, diss. Groningen, 1985

## W

M.J. de Waal, Numerus Clausus and the Development of New Real Rights in South African Law, vol. 3.3 Electronic Journal of Comparative Law, (december 1999), <[www.ejcl.org/ejcl/33/art33-1.html](http://www.ejcl.org/ejcl/33/art33-1.html)>

M.J. de Waal, Servitudes, in: *Southern Cross - Civil Law and Common Law in South Africa*, Zimmermann en Visser (editors), Oxford, 1996, h. 24

M.J. de Waal, The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust into South African Law, in: *Trusts in Mixed Legal Systems*, J.M. Milo & J.M. Smits (eds.), *Ars Aequi Cahiers* deel 12, 2001, p. 43-54

M.J. de Waal, Identifying Real Rights in South African Law: the 'Subtraction from the *Dominium*' Test and its Application, in: *Contents of Real Rights*, Steven Bartels en Michael Milo (eds), 2004, p. 83-98

J.L.L. Wery, Verhouding van Boek 3 tot Boek 5 van het Ontwerp B.W. in verband met de beperkte conceptie van het begrip "zakelijk recht", *RM Themis* 1961, p. 79-97

R. Westrik, 'Koop breekt geen huur' en het huurbeding, diss. Rotterdam, 2001

A.C. Wibbens-de Jong, Mandeligheid en erfdienstbaarheden, *Mon. Nieuw BW*, deel B-27, 3<sup>e</sup> druk 2006

F. Wieacker, *Bodenrecht*, 1938

Wolfgang Wiegand, *Sachenrecht im Obligationenrecht*, in: *Das Obligationenrecht 1883-1983*, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Pio Caroni (ed.), 1984, p. 107-137.

Wolfgang Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der Abstrakte Eigentumsbegriff*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band III (Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits), Helmut Coing und Walter Wilhelm (hrsg.), Frankfurt a.M. 1976, p. 118-155

Wolfgang Wiegand, *Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas*, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte* (Festschrift Karl Kroeschell), Rechtshistorische Reihe Band 60, Frankfurt a.M. 1987, p. 623-643

Wolfgang Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 190 (1990), p. 112-138

Wolfgang Wiegand, *Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB*, in 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18-20 Juni 1998 in München, p 107-126

J H Wildervanck de Blécourt, F van der Tuuk, Kunnen volgens ons recht nog andere zakelijke rechten dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevestigd worden?, Preadvies Broederschap Notarissen 1914 (vergadering Groningen), Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen in Nederland, 18 (1914) p 9-73 resp 74-98, met het verslag op p 135-220

## **Z**

W J Zwalve, Temporary and Conditional Ownership - Some Observations on Modern Dutch Property Law, in Property on the threshold of the 21st century, G E van Maanen en A J van der Walt (red ), Antwerpen 1996, p 333-343

W J Zwalve, Import van 'Lease en Sale & Lease Back', in Import en export van burgerlijk recht, BW-Krant Jaarboek 13 (1997), M E Franke e a (red ), p 19-38

W J Zwalve, Uniken Venema's Common Law & Civil Law, 2000

W J Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, deel 1, Inleiding en zakenrecht, 2<sup>e</sup> druk 2003

W J Zwalve, Simplex et perpetuum - Beschouwingen over eigendom en tijd, 2006

R Zwitser, Rond art 1376 BW, Overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss Leiden, 1984

# WETSARTIKELREGISTER

## Burgerlijk Wetboek (oud)

366	2 3 4
555	6 9 2 2
556	4 3
562	2 3 6 1
564	2 3 4, 2 5 1 3, 3 4 1 1, 3 4 2 4, 3 4 2 10
584	2 1 1, 2 3 3, 2 3 4, 3 4 1 1, 3 4 1 2, 3 4 2 1, 3 4 2 3, 3 4 2 4, 3 4 2 6, 3 4 2 8, 3 4 2 9, 3 4 2 10, 4 3, 7 3 2
593	3 4 2 8
625	2 3 4, 3 4 2 6, 3 4 2 9, 3 4 2 10, 3 7 1, 4 3, 9 2 2 2
626	3 4 2 3, 4 3
629	9 2 1 1
639	7 8 3 2
655	2 3 6 1
656	2 3 6 1, 6 8 2
658	2 3 6 1, 6 8 2
659	2 3 6 1, 6 8 2
668	7 4 1
685	6 8 2
721	3 6 4
722	3 4 2 6
746	3 4 2 8
758	2 3 6 1
764	6 5 2, 6 6 4
766	5 2 1 3
767	6 5 2
782	6 5 1, 6 5 2, 6 5 3, 6 6 4, 8 2 1 3
803	2 3 5 3, 6 9 1 2
865	6 9 1 2
875	6 9 1 2
922	2 2 4
1177	7 6 3
1178	2 3 5 4
1190	7 7 4
1198	7 4 1
1199	7 4 1
1210	2 3 6 1, 3 4 2 4
1214	2 3 6 1
1231	2 3 6 1
1269	2 4 1 3, 3 4 2 4, 3 4 2 8, 9 4 3
1302	3 4 2 7

1351	2 3 4
1354	2 3 1, 2 3 2, 2 3 4, 3 4 2 5, 3 4 2 7, 3 4 2 8, 8 3 2
1355	3 4 2 4
1356	3 4 2 8, 5 2 1 2
1374	2 2 1, 2 5 3, 3 4 2 4, 6 4, 9 3 3 1
1376	2 3 1, 3 4 2 4, 3 4 2 7, 3 4 2 8, 4 2, 9 2 1
1377	2 3 5 1
1507	3 4 2 7
1612	3 6 4, 5 3 3
1628	2 4 1 8

## Burgerlijk Wetboek

### Boek 1

1 1	3 6 4, 7 8 5 1
1 4	2 4 2 7 3 1
1 292	7 8 5 1
1 337	7 3 3, 7 8 3 1
1 345	7 8 3 1
1 386	7 8 3 1
1 436	7 5 5
1 438	7 8 3 1
1 441	7 8 3 1
1 448	7 5 5

### Boek 2

2 1	2 4 1 1
2 2	2 4 1 1
2 3	2 4 1 1
2 5	2 4 1 1, 3 7 1
2 25	2 4 1 1, 9 4 1 4
2 193	7 9 1 1
2 294	9 3 5
2 301	9 3 5
2 334a	7 2 1
2 356	7 7 3 1
2 358	2 4 2

### Boek 3

3 1	2 5 1 1, 2 5 1 3, 2 5 1 5, 2 5 2, 3 6 2, 6 3 1, 6 3 3
3 2	2 5 1 4, 2 5 2, 3 6 2, 3 7 1
3 4	3 7 1 6 9 2 3

36	212,2511,2513,2515, 252,253,372,55,736, 7722,9512	ld 3	215,223,2351,364, 5212,5214,533,622, 721,742,743,7431, 7432,7433,7434, 7435,744,7921,823, 8241,8242,864,9421, 9423,95
38	211,234,2512,252, 253,371,3722,622,63, 633,634,662,7722, 744		
39	234,371	ld 4	211,221,366,3724, 7721,7722,7723,774, 8242,921
311	544	385	3724,693,7731,7732, 7733,774,7921,813, 8241,8242,8243,854, 864
312	9333	386	934
313	2415,7912,8241,852, 932,933,9332	ld 3	544,782
316	853	389	2513
317		390	2513,55
ld 1	544,55,832,833,9532	ld 1	55
ld 2	533,55,833	ld 2	364,741
321	211	391	7721
322	865	392	2362,2413,7721,744, 825
323	865,934	394	214,55,782,784,813, 832
324	934	395	55,782
325	934	397	
326	934	ld 2	741
336	366	398	214,55,622,63,633, 634,6922,7731,784, 813,8241
338	7721,7723	3109	545
340	223,2417,533,6731, 675,815,8241	3115	
341	861,862,867	sub a	364,741
342	861,862,863,864	3119	545
345	741	3120	2413,682
358	867	3121	2413,682
374	223	3122	682
379	361	3123	682
380	214,222,761	3124	682
ld 2	721	3125	364,682,782,9212
381	211,253,237,64	3166	822,9331
ld 1	211,221,371,622,63, 632,634,662,6922, 774	3168	931
ld 2	214,3724,622,63,633	3169	822
382	2362,621	3177	9331
383	213,2513,253,365,55, 6721,7833,8241, 8242,9512	3178	693,822,9331
ld 1	2513,371,3721,55, 675,8241,832,8661	3185	822
ld 3	253,55	3189	761,9331
384	9512	3192	761,762
ld 1	366	3201	653,852
ld 2	9421,9512		

3 203	8 2 1 1, 8 2 3, 8 2 4 3, 8 6 1, 8 6 4, 8 6 6 2, 9 3 2	3 292	2 1 2, 3 6 4
3 205	7 7 3 3	3 295	3 6 4
3 207	6 5 3, 7 7 3 3	3 296	6 8 1
3 208		3 299	9 2 1 1, 9 5 3 1
<i>lid 2</i>	6 3 3	3 300	9 2 1 1
3 209	6 6 2, 7 7 3 3	3 304	6 2 2, 7 8 2
3 210	7 8 4	3 320	2 4 1 4
3 212	4 5 5, 6 3 4	3 321	2 4 1 4, 7 5 4 2
3 214	3 6 6		
3 215	8 6 4	<i>Boek 4</i>	
3 216	6 5 3, 6 8 4	4 19	9 3 3 1
3 217	3 6 6	4 21	9 3 3 1
3 221	7 5 6	4 23	9 3 3 1
3 223	6 3 4	4 33	5 3 2
3 225	6 6 1	4 42	2 1 1, 2 2 4, 7 8 5 1
3 226	6 5 3, 6 9 1 2	4 80	7 8 5 2
3 227	5 3 2, 6 3 3	4 92	7 8 5 2
<i>lid 1</i>	2 1 2	4 117	7 8 5 3
3 229	6 7 2 1	4 130	7 8 5 3
3 234	9 3 3 1	4 131	7 8 5 3
3 235	6 4, 7 4 3 3, 7 4 4	4 136	3 7 2 4, 7 7 3 1 7 7 3 3, 7 9 2 1, 8 2 4 3
3 237	3 4 2 7, 7 7 4, 9 2 1 1	4 138	7 9 2 1
<i>lid 3</i>	6 7 2 1	4 140	6 4, 7 7 4, 8 2 4 3
3 239	7 8 4	4 153	7 8 3 1, 7 9 1 2
<i>lid 2</i>	3 4 2 7	4 166	7 8 3 1
3 246	7 8 4	4 167	7 8 3 1
3 249	9 3 3 1		
3 259	7 5 6	<i>Boek 5</i>	
3 263		5 1	2 1 1, 2 5 1 2, 2 5 2, 2 5 3, 3 7 1, 3 7 2, 3 7 2 1, 3 7 3, 9 2 1 1, 9 2 2 2
<i>lid 2</i>	6 4	5 2	3 7 2 1, 7 8 2, 9 2 1 1
3 264	5 3 3, 6 7 3 1		
<i>lid 7</i>	2 1 2	5 3	9 5 1 2
3 266	6 3 3	5 10	2 4 1 3
3 267	3 6 6	5 18	3 7 2 4
3 268	8 6 4, 9 3 3 1	5 19	3 7 2 4
<i>lid 5</i>	6 4	5 20	3 7 1, 6 3 4, 6 6 5, 6 8 2, 6 9 2 2, 6 9 2 3, 9 5 3 2
3 273	7 6 1, 9 2 2 2	5 21	3 7 1, 6 9 2 3
3 276	2 3 5 4, 7 5 6, 7 6 3, 9 2 1 1	5 25	6 7 1
3 277	5 2 1 4	5 26	6 7 1
<i>lid 1</i>	2 1 1	5 27	6 7 1
<i>lid 2</i>	2 1 1	5 28	6 7 1
3 278	2 1 1	5 42	8 3 3, 9 3 3 1
3 279	2 1 1	5 49	9 3 3 1
3 280	2 1 1	5 50	8 3 3
3 281	2 1 1	5 54	8 5 2
3 282	2 1 2	5 56	6 6 3
3 290			
<i>lid 1</i>	2 1 1		
3 291	3 6 4, 9 2 1 1		

5 57	2 4 1 3	lid 4	6 3 2, 6 3 3
5 70	5 2 1 2, 6 5 3, 6 6 3	5 112	8 2 1 2
lid 2	3 6 6	5 114	
5 71	6 6 5, 6 9 1	lid 2	6 3 2
lid 1	6 6 2	5 116	
lid 2	5 3 1, 6 6 2, 6 6 3, 6 7 1	lid 7	6 4
5 73	3 6 6, 6 9 1, 9 3 2	5 117	6 3 2
5 75	6 6 3, 6 9 1	lid 4	6 3 2
lid 3	5 3 1, 6 6 2, 6 6 3, 6 6 4	5 118	6 3 2
5 77	6 9 1	5 118a	6 3 2
5 78	5 3 2, 9 1, 9 3 1, 9 3 2	5 123	6 3 2
5 79	9 3 2	5 144	8 2 1 2
5 80	9 3 1, 9 3 2		
5 81	9 3 2	Boek 6	
5 84	6 3 2, 6 3 4, 6 6 2	6 1	2 4 1 3
lid 2	6 3 2	6 2	2 4 1 7, 5 3 2, 9 3 3, 9 3 3 1,
lid 3	6 3 2		9 4 2 1
lid 4	6 3 2	6 3	
5 85	2 5 1 3, 6 3 1, 6 3 3	lid 2	2 4 1 3
lid 2	6 6 2, 6 8, 6 8 3	6 22	7 7 2 1
5 86	8 2 1 3	6 34	7 8 4
5 87	3 6 6, 6 8 4, 8 2 1 3	6 82	6 8 1
lid 2	6 8 1	6 87	5 3 2
lid 3	6 4	6 91 e v	2 4 1 3
5 89	6 7 5, 6 9 2 2	6 142	7 7 2 2
lid 1	6 6 2, 6 9 1, 6 9 3	6 161	7 6 1
5 91	6 7 5, 8 2 4 1, 8 3 3, 9 3 3 1	6 162	6 8 1, 8 6 5
lid 2	6 9 2 1	6 212	2 4 1 3
5 93	2 3 5 2, 6 3 2, 6 3 3, 6 9 2 2	6 215	2 4 1 3, 8 5 1, 8 5 3
lid 1	6 3 2	6 216	6 8 1, 9 3 2, 9 3 3 1
lid 3	2 5 1 3, 6 3 2, 6 3 4	6 248	5 3 2, 6 8 1, 9 3 2, 9 3 3,
5 94	6 3 2, 6 7 5		9 3 3 1, 9 3 3 3
lid 2	6 7 4	lid 2	2 4 1 3, 2 4 1 7
5 96	6 7 1	6 251	6 5 1, 6 7 3 1, 6 7 3 2, 8 3 2,
lid 2	5 3 1		8 6 6 1
5 97	5 3 2, 9 3 1, 9 3 2	6 252	2 2 1, 3 6 4, 6 5 1, 6 6 2, 6 6 3,
5 98	6 4, 9 3 3 1		6 6 4, 6 6 5, 6 7 2 2, 6 7 3 1,
5 99	2 4 1 3, 6 3 4, 6 7 4, 6 8 3		6 7 3 2, 6 8 3, 8 3 2, 8 6 5,
5 100			8 6 6 1, 9 2 2 2
lid 2	6 4	6 258	9 3 2, 9 3 3 3
5 101	2 5 1 3, 6 3 1, 6 3 3	6 259	9 2 2 2, 9 3 2
lid 1	6 3 4		
lid 2	6 3 2	Boek 7	
lid 3	6 8 2	7 3	3 6 4, 9 2 1 1
5 102	3 6 6, 6 7 1, 6 7 5, 6 9 1	7 5	2 4 1 3
5 104	5 3 2, 6 3 4, 6 7 1	7 6	2 4 1 3
lid 2	6 3 2, 6 7 5, 6 9 2 2, 9 3 2	7 15	6 7 5
5 106	7 2 1	7 39	7 7 4
lid 1	6 3 2	7 42	7 4 1
lid 3	6 9 3, 7 2 1		

753	814
754	455
755	7435
7226	364,531,651,6731
7274	2418
7408	7832,7833
7413	2413,7832
7414	7833
7420	755,7832
7421	7832
7422	755,7833
7423	7833,784,7915
7424	7833,853
7468	2413
7513	2413
7607	2412
7610	2413,853
7681	2417
7862	2413

#### Boek 7A

7A 1576	2413,853
7A 1576a	2413
7A 1576h	2413,533,853
7A 1576l	7721
7A 1623e	2418
7A 1828	2413

#### Boek 8

83a	371
880	853
892	853
8197	211
8372	853
8374	853
8577	853
8788	211
81305	211

#### Faillissementswet

23	7831
25	684,784
26	684
35	7832
36	2414
37	9211
42	2351
60	364
64	7831
67	2415

68	7831
101	7831
175	7831
178	2415
212p	2514
212u	2514
228	7831
296	7831
326	7831
347	7831

#### Gerechtsdeurwaarderswet 2002

19	2354,755
----	----------

#### Grondwet

14	9411
82	9424

#### Invorderingswet 1990

3	2416
24	2416

#### Kadasterwet

24	5212,6731,853,865, 8663,934
26	833
54	242
73	6921

#### Onteigeningswet

3	242
---	-----

#### Overgangswet NBW

1	233
69	233
86	864
89	864
150	233
165	935

#### Pachtwet

34	6731
----	------

#### Rijkswet Nederlandschap

14	242
----	-----

#### Wet Algemene Bepalingen

3	3428
14 (oud)	815

**Wetboek van Strafrecht**

227 3 4 2 7

**Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering**

3 2 4 1 5

429c (oud) 2 4 1 5

453a 7 4 1

475 7 8 4

475h 7 4 1, 7 8 4

477 7 8 4

491 3 4 2 4

505 7 4 1

585 3 4 2 7

710 7 5 6

**Wet giraal effectenverkeer**

2a 7 4 3 5

11 7 6 4

33 7 6 4

37 7 6 4

**Wet op het Notarisambt 1999**

21 9 2 1 1

25 2 3 5 4, 7 5 5, 7 9 1 1

43 9 2 1 1

**Wet op belastingen van rechtsverkeer**

2 5 3 3, 6 5 2

9 6 5 2

14 6 5 2

52 6 5 2

**Wet op de Ondernemingsraden**

26 2 4 2

**Wet op het financieel toezicht**

3 174 *lid* 2 2 5 1 4

3 179 *lid* 2 2 5 1 4

3 230 *lid* 2 2 5 1 4

3 241 2 5 1 4

4 42 7 6 3

4 45 7 6 2, 7 9 1 5

**Wet toezicht kredietwezen**

80c 2 5 1 4

**Wet toezicht beleggingsinstellingen**

5 7 6 3

16a 7 6 2, 7 9 1 5

**WNvH**

438 3 4 1 1

**Andere landen**

*Duitsland - BGB*

87 7 5 2 2

90 3 5 1 2

137 3 5 1 5, 3 6 5

307 3 5 2 1

399 3 5 1 5, 3 6 5

930 3 5 2 1

932 3 5 1 6

933 3 5 1 6, 3 5 2 1

934 3 5 1 6

935 3 5 1 6

936 3 5 1 6

950 3 5 2 1

985 (e v ) 3 5 2 1

*Duitsland - HGB*

366 3 5 1 6

*Frankrijk - Code civil*

543 3 4 1 1, 3 4 2 2, 4 3 1, 4 3 2, 4 3 3

544 3 4 2 10, 3 7 1, 4 3 1

546 4 3 1

552 4 3 1

553 4 3 3

555 6 8 2

617 4 3 2

664 6 9 2 2

686 3 6 4, 4 3 2

711 4 3 1

1122 2 3 1, 3 4 2 7

1165 2 3 1

1599 3 4 2 7

2092 4 3 3

2093 4 3 3, 7 6 3

2094 4 3 3

2115 4 3 3

2279 4 3 1

2282 3 6 4

2283 3 6 4

*Griekenland - Burgerlijk Wetboek*

973 4 2



*Oostenrijk - ABGB*

9 3.5.2.1

353 3.5.1.2

*Portugal - Burgerlijk Wetboek*

1306 4.2

*Quebec - QCC*

947 4.4

1009 4.4

1119 4.4

1260 e.v. 4.4

1261 4.4

*Saksisch BGB*

226 7.5.2.2

*Verenigde Staten*

9 UCC 4.3, 4.5.4, 5.4.4, 9.4.2.4, 9.5.2

*Zuid-Afrika - Registrasie van Aktes Wet*

3 4.4

63 4.4

**Verdragen***Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789*

1 9.4.1.1

2 9.4.1.1

17 9.4.1.1

*EVRM, eerste protocol*

1 9.4.1.1

*EVO*

4 6.7.3.2

*Haags Trustverdrag*

2 7.5.6

*Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*

17 9.4.1.1



# JURISPRUDENTIEREGISTER

EHRM 23 februari 1995, Series A, vol. 306-B (Gasus/Nederland)	9.4.1.1
HvJ EG 17 november 1998, NJ 1999, 339 (Van Uden/Deco-Line)	2.4.1.5
HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02 (Owusu)	2.4.1.5
HR 28 januari 1841, W. 157 (1841)	3.4.2.5
HR 2 november 1855, Van den Honert, 20 <sup>e</sup> deel, no. 610, Ned. Rechtspr., deel 51, § 30	2.3.4, 3.4.2.4
HR 30 januari 1880, W. 4473	2.3.2, 2.3.4, 3.4.2.6
HR 24 april 1884, W. 5031	3.4.2.5
HR 16 mei 1884, W. 5035	2.3.6.1
HR 20 mei 1887, W. 5441	2.3.2, 2.3.3
HR 13 februari 1891, W. 5993	6.9.2.2
HR 8 januari 1897, W. 6916	2.3.2, 8.3.2
HR 18 april 1902, W. 7756 (weg te Cuijk aan de Maas)	2.3.2
HR 4 december 1903, W. 8004	2.3.6.1
HR 3 maart 1905, W. 8191 (Blaauboer/Berlips)	2.2.1, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.4, 3.4.2.7, 3.6.4, 6.6.5, 8.3.2, 9.2.1.2
HR 22 december 1911, W. 9290 m.nt. EMM (Augustinus/NV Houthandel)	2.3.6.1
HR 11 april 1913, NJ 1913, 683, W. 9499 m.nt. EMM (kelder-arrest)	6.9.2.3
HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313, W. 9574, m.nt. Meijers (weg te Heemskerk)	2.3.2, 3.4.2.8
HR 30 oktober 1914, NJ 1914, p. 1328	6.8.2
HR 2 maart 1917, NJ 1917, p. 392	2.3.2
HR 30 maart 1917, NJ 1917, p. 502	2.3.2
HR 28 maart 1919, NJ 1919, p. 470 (Ruurllosche Broek)	2.3.3
HR 9 december 1921, NJ 1922, p. 219	2.3.2
HR 12 maart 1926, NJ 1926, p. 777 m.nt. PS, W. 11488 (Goudse bouwmeester)	2.4.1.3
HR 1 april 1927, NJ 1927, p. 601	7.4.1
HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 m.nt. PS (Bierbrouwerij)	2.3.5.1, 8.1.5, 9.4.2.3, 9.4.3
HR 29 december 1933, NJ 1934, p. 343 m.nt. PS (Fijn van Draat q.q.)	7.4.1, 9.5.1.2
HR 4 januari 1937, NJ 1937, 586 m.nt. PS (Erik Schaaper)	7.6.5
HR 10 juni 1938, NJ 1939, 1 m.nt. PS	9.2.1.1
HR 12 januari 1939, NJ 1939, 535 m.nt. EMM	3.7.3
HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskerveenpolder)	5.3.3
HR 14 juni 1940, NJ 1941, 109 m.nt. PS (Pope's Metaaldradlampen)	3.7.3
HR 27 juni 1940, NJ 1941, 943	7.8.3.2
HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m.nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los)	7.4.1
HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme)	8.6.1
HR 20 december 1946, NJ 1947, 59 m.nt. EMM (Kessels/Kessels)	9.3.3.1
HR 30 april 1948, NJ 1949, 253 m.nt. DJV (Smit/NV Amsterdamse Huizenhandel)	6.8.2

HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 m nt PhANH	9 4 1 2
HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 m nt DJV (Damhof/Staat)	3 6 6
HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563 m nt PhANH	9 3 3 1
HR 28 juni 1957, NJ 1957, 495 (Didamse rijwielstalling)	2 2 1
HR 16 januari 1959, NJ 1959, 355 (Swierenga)	6 8 2, 7 8 2
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel)	2 2 2, 2 4 1 3, 3 6 4, 9 1, 9 4 3, 9 5 1 1
HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit)	7 4 1
HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3 m nt HB	8 5 1
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 m nt GJS (Pos/Van den Bosch)	9 2 1 1
HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Teixeira de Mattos)	9 5 1 2
HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier)	7 4 1
HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 m nt PhANH (Grensoverschrijdende garage)	9 3 3 2
HR 4 februari 1971, NJ 1971, 227	2 4 2
HR 12 mei 1972, NJ 1973, 53 m nt KW	9 3 3 1
HR 6 juni 1973, NJ 1974, 140	2 4 2
HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nationaal Grondbezit/Kamphuis)	7 8 3 2
HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91, AAe 1975, p 619 (Van Gend & Loos)	7 4 1
HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 (Modehuis Nolly)	7 8 3 2
HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 m nt WMK (kademuur)	6 5 2, 6 5 3, 6 7 1, 6 8
HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338, AAe 1978, p 512 m nt PvS	2 4 1 2
HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452 m nt WMK	6 8 2, 9 3 3 1
HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 (Visser/De Zeven Provinciën)	7 8 2
HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven)	2 4 1 7
HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens/Matex)	7 8 3 2
HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (Sterkalfarrest)	2 4 1 3
HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 m nt WMK (Ontvanger/Schriks q q)	2 3 6 2, 7 4 1
HR 16 januari 1981, NJ 1981, 312 m nt EAAL	9 3 3 1
HR 11 maart 1981 (derde kamer), NJ 1982, 76 m nt WMK	6 5 2, 8 2 1 1
HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 m nt EAAL en WHH	9 3 3 1
HR 8 december 1982 (belastingkamer), NJ 1983, 686 m nt WMK (ondererfpacht)	2 3 5 2, 6 3 2
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m nt BW (Peeters q q /Gatzen)	5 3 3
HR 25 maart 1983, NJ 1984, 144 m nt WMK (de kelder bij Jos Brink)	6 9 2 3
HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 m nt WMK	9 3 3 1
HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom)	2 3 5, 7 5 5, 9 4 2 1
HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 229 m nt WMK (Pita/De Windt)	9 3 3 2
HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 696 m nt JCS (Heer Van Heeswijk)	2 4 1 5
HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boye), m ntn CJHB en WMK	2 3 1, 5 3 3, 9 2 1 1
HR 29 mei 1985, NJ 1986, 274 m nt WMK (Tandartsenpraktijk)	2 3 5 3, 6 9 1 2, 6 9 2 1, 6 9 2 2, 8 2 1 2
HR 17 juni 1986, NJ 1987, 191 m nt vNH (Holland Nautic/Deca)	9 4 1 2
HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m nt G (Loeffen q q /Mees & Hope I)	9 3 3 1
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS/KNVB)	9 4 1 2
HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGP en PHP)	3 6 6
HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322 (Wesselingh/Weisz)	2 4 1 8
HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588	2 4 1 5
HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 m nt WMK	7 7 2 2
HR 29 september 1989, NJ 1990, 307 (Van Spijk BV/Stichting Beeldrecht)	7 8 3 3

HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 m nt PvS (Tiethoff q q /NMB)	9 2 1 1
HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman)	5 3 2
HR 7 december 1990, NJ 1991, 593 m nt EAAL	9 3 3 1
HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa)	5 3 3
HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 m nt WMK (Veenendaal q q /Hogeslag)	7 4 1
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Nedlloyd/Monteiro)	2 4 1 7
HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 m nt HJS (Rabobank Haarlemmermeer/Sinke)	2 3 5 2
HR 17 maart 1993, NJ 1993, 366	2 4 2
HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658 (ABN AMRO/Ontvanger)	7 4 1
HR 28 mei 1993, NJ 1994, 435 m nt HJS	2 4 1 6
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m nt WMK (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q q )	2 3 6 2, 7 4 1
HR 25 maart 1994, NJ 1994, 391	8 6 3
HR 29 april 1994, NJ 1994, 497	2 4 1 5
HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m nt HJS (INB/Klutzow q q )	7 4 1
HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547 m nt WMK	2 3 3
HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (Kas-associatie)	7 8 3 2
HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m nt WMK (Spaarbank Rivierenland/Gispen q q )	9 3 5, 9 5 1 2, 9 5 2
HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 96 (Makkee/De Werdt)	6 9 2 3
HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q q /CLBN)	7 8 4, 9 4 2 1
HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 m nt WMK (Capcan/Eemswater)	8 6 7
HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m nt WMK (Sogelease)	2 3 5, 2 3 7, 7 4 1, 7 4 3, 7 4 4, 8 2 3
HR 30 juni 1995, NJ 1996, 52	8 6 3
HR 10 november 1995, NJ 1996, 271 (Luttikhuizen/Van Mourik)	9 2 1 1
HR 15 december 1995, NJ 1996, 691 m nt WMK (Damen/Dentjens Aandrijftechniek)	9 3 2
HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 (vaste boekenprijzen)	2 4 2
HR 15 maart 1996, NJ 1997, 3 m nt Hijma (Van der Tuuk Adriani/Batelaan)	2 4 1 3
HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102	2 4 1 6
HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m nt WMK (wateronttrekking te Koewacht)	6 6 2, 6 6 5, 8 6 3
HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 m nt ThMdB (Brandsma q q /Hansa Chemie)	1 2
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257	2 4 1 7
HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers)	8 5 1
HR 15 mei 1998, NJ 1999, 672	2 4 1 5
HR 25 november 1998, BNB 1999, 18 m nt G J Leijenhorst	6 5 2, 6 7 3 2, 9 2 2 2
HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m nt WMK (Potharst/Serree)	2 3 6 2, 8 2 4 1, 9 5 1 2
HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Erfpachters Den Haag)	6 8 2, 9 3 3 1, 9 3 3 3
HR 23 april 1999, NJ 2000, 30 m nt HJS (Sisal I)	7 8 4
HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170 m nt ARB	9 4 2 1
HR 21 mei 1999, NJ 1999, 507	9 3 3 2
HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (Vereniging voor de Effectenhandel/CSM)	9 3 3 3
HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 21 m nt PAS	2 4 1 7
HR 12 november 1999, NJ 2000, 52 m nt PvS	9 4 2 1
HR 1 december 2000, NJ 2001, 390 m nt JdB	9 4 2 1

HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 m nt WMK (Stichting Eelder Woningbouw)	3 6 6
HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 m nt HJS, JOR 2001/50 (Koren q q / Tekstra q q )	7 5 5, 7 6 2
HR 30 maart 2001, NJ 2002, 380 m nt HJS (LISV/Grifhorst)	8 6 7
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 m nt WMK (Meijs q q /Bank of Tokyo - Mitsubishi)	3 6 6
HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506	7 7 2 1
HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m ntn TK en EAA	9 4 1 1
HR 14 december 2001, NJ 2002, 45	2 4 1 5
HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607 m nt G J J Heerma van Voss (Monte)	2 4 1 7
HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m nt JBMV	9 4 2 1
HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 m nt S C J J Kortmann (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Bohl q q )	3 6 6
HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m nt JH	8 5 2
HR 18 juni 2002, NJ 2002, 577 m nt TK	9 4 2 1
HR 18 juni 2002, NJ 2003, 590 m nt PCEvW	9 4 2 1
HR 28 juni 2002, AE1531	9 4 1 2
HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 544 (landgoed Queekhoven)	6 5 1, 6 7 3 1
HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 m nt C E du Perron, JOR 2002/210 (ING/Muller q q )	3 6 6
HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 m nt WMK, JOR 2002/211 (Mulder q q /Rabobank Alphen aan den Rijn)	9 3 5, 9 4 2 1, 9 5 1 2
HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 297 m nt WMK	2 3 6 1, 6 6 5
HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m nt WMK (R K begraafplaats St Barbara)	2 3 2
HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m nt JBMV (brandtrap te Naaldwijk)	8 5 2
HR 22 november 2002, NJ 2003, 34	8 6 3
HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 m nt JH (Parkwoningen Hoge Heide)	8 2 1 4, 8 2 4 1
HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327 m nt Ma (Hovuma/Spreeuwenberg)	7 6 5
HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 m nt JBMV (Van Wageningen)	2 4 1 8
HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183 (De Liser/Rabobank Den Haag)	3 6 6
HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall)	2 3 5 4, 3 6 4, 7 5 5, 9 3 4
HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (Teijssen/Marcus)	3 6 6
HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 282 m nt PvS (De Rijk q q /Van Roy)	7 9 1 1
HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 558 m nt HJS	2 4 1 5, 9 2 1 1
HR 28 november 2003, NJ 2005, 465 m nt DA	2 4 1 4
HR 30 januari 2004, NJ 2004, 197 m nt J W Zwemmer	2 4 1 6
HR 6 februari 2004, NJ 2005, 403 m nt PV (Frans Maas)	2 4 1 5
HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m nt Du Perron (Fox)	3 6 6
HR 27 februari 2004, NJ 2004, 599 m nt YB	2 4 2
HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316 m nt PAS (Vagobel)	7 5 1
HR 12 maart 2004, RvdW 2004, 46	9 4 1 2
HR 29 oktober 2004, AP1359, NJ 2005, 90 m nt J W Zwemmer	2 4 1 6
HR 26 november 2004, NJ 2006, 115 m nt C E du Perron	2 4 1 4
HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 m nt HJS	2 4 1 4
HR 24 december 2004, AR3642, RvdW 2005, 9, JOR 2005/111 (Chidda)	9 3 2
HR 28 januari 2005, NJ 2005, 297	9 3 2
HR 4 maart 2005, NJ 2005, 326 (Thomassen Metaalbouw)	3 6 6
HR 11 maart 2005, NJ 2006, 362, JOR 2005/131 (Rabobank/Stormpolder)	6 3, 7 8 4

HR 23 september 2005, NJ 2006, 100	8.6.3
HR 18 november 2005, NJ 2006, 151, JOR 2006/60 (B.T.L. Lease/ Van Summeren)	7.4.3.3
HR 2 december 2005, AU2397 (WE Vastgoed)	3.6.6, 9.3.5
HR 23 december 2005, NJ 2003, 33	9.2.1.1
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 155	2.4.2
HR 24 februari 2006, AT9056, NJ 2006, 301 m.nt. P.C.E. van Wijmen	9.2.1.1
HR 14 april 2006, AU8946, NJ 2006, 445 m.nt. MRM	9.2.1.1
HR 21 april 2006, NJ 2006, 271	2.4.1.5
HR 9 juni 2006, AU9234, RvdW 2006, 591 (Van Hees q.q.)	6.8.3
HR 23 juni 2006, NJ 2006, 352	6.5.3
HR 14 juli 2006, AV7892, RvdW 2006, 734	2.4.1.6
Hof Amsterdam 22 november 1878, W. 4344	2.3.4
Hof Amsterdam 19 november 1915, NJ 1916, p. 271	2.3.2
Hof Amsterdam 14 november 1919, NJ 1920, p. 25	2.3.2
Hof Amsterdam 17 januari 1975, NJ 1976, 79 (Citroen)	7.8.2
Hof Amsterdam 5 april 1984, Bouwrecht 1984, p. 731	6.8.3
Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79	7.7.2.2
Hof Amsterdam 27 december 2001 (Notariskamer), 363/01 NOT	9.2.1.1
Hof Amsterdam 11 juli 2002, NJ 2005, 289 (Belgrave Estates)	2.3.3
Hof Amsterdam 19 januari 2006 (Notariskamer), 754/05 NOT, LJN AV0591	9.2.1.1
Hof Arnhem 23 mei 1916, NJ 1916, p. 883	2.3.4
Hof Arnhem 17 juli 1918, W. 10343	2.3.3
Hof Arnhem 5 januari 1921, NJ 1921, p. 237	2.3.2
Hof Arnhem 4 januari 1933, NJ 1933, 779 (kleigravingsrecht te Losser)	2.3.4, 3.4.2.8
Hof Arnhem 18 april 1983, NJ 1984, 175	6.9.1.2, 6.9.2.2
Hof Arnhem 4 mei 1999, NJ 2000, 706	9.3.2
Hof Arnhem 21 maart 2000, NJ 2003, 335	2.4.1.5
Hof 's-Gravenhage 15 juni 1896, W. 6848 (1896) en W. 6870 (1896)	2.3.2
Hof 's-Gravenhage 9 april 1915, NJ 1915, p. 829	2.3.3
Hof 's-Gravenhage 28 september 1983, uit NJ 1986, 274 (Tandartsenpraktijk)	2.3.5.3, 6.9.1.2, 6.9.2.1, 6.9.2.2
Hof 's-Gravenhage 19 september 1990, NJ 1991, 502	2.4.1.3
Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 1976, uit NJ 1980, 188	7.4.1
Hof 's-Hertogenbosch 13 april 1992, NJ 1993, 296	8.2.1.2
Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1993, NJ 1994, 201	9.3.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 29 juni 1994, NJ 1995, 543	9.3.2
Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 1996, BR 1997, p. 163	8.2.1.2
Hof 's-Hertogenbosch 3 september 1997, NJ 1998, 561	6.3
Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 1999/126	8.6.4
Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, AS9539	9.3.2
Hof Leeuwarden 9 september 1998, NJ 1999, 336	2.4.1.5
Hof Leeuwarden 26 april 2006, NJF 2006, 382 (Brink q.q./Brand e.a.)	2.3.6.3
Gem. Hof Nederlandse Antillen 27 september 2002, NJ 2004, 92	6.5.1
Rb. Amsterdam 18 april 1882, R.B.v.h.N. 447	3.4.2.5
Rb. Amsterdam 5 mei 1913, NJ 1913, p. 881	2.3.2
Rb. Amsterdam 4 juni 1992, NJKort 1992, 51	7.7.2.2
Rb. Amsterdam 6 juni 2001, JOR 2001/218	9.3.3.3

Rb. Arnhem 16 augustus 2001, NJ Kort 2001, 48	8.2.1.2
Rb. Arnhem 1 december 2004, AS3857	2.3.6.3
Rb. Breda 18 maart 1997, JOR 1997/45, m.nt. Faber	6.7.2.1
Rb. Dordrecht 20 april 1895, W. 6675 (1895)	2.3.2
Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002/36	6.7.2.1
Rb. Dordrecht 20 maart en 9 oktober 2002, NJ 2003, 69	6.5.1, 6.7.3.1
Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2005, AU7077, NJF 2006, 96	2.4.1.5
Rb. Leeuwarden 15 december 1960, NJ 1961, 330	7.8.2
Rb. Leeuwarden 31 oktober 1985, NJ 1986, 819	2.4.1.5
Rb. Maastricht 13 juli 1995, JOR 1999/127	8.6.4
Rb. Rotterdam 23 april 1877, W. 4108	2.3.2, 2.3.4, 3.4.2.4
Rb. Rotterdam 27 januari 1902, W. 7829	2.3.2
Rb. Rotterdam 9 februari 1914, NJ 1914, p. 673	2.3.2, 2.3.3, 3.4.2.8
Rb. Rotterdam 13 februari 1922, NJ 1922, p. 395	9.3.3.1
Rb. Rotterdam 25 april 2002, NJKort 2002, 37	7.7.2.2
Rb. Rotterdam 23 november 2005, NJF 2006, 186 (Aktion Sühnezeichen)	3.6.6, 6.7.3.1
Rb. Utrecht 19 september 1984, NJ 1985, 748	8.6.3
Rb. Utrecht 24 november 1999, JOR 2000/61 (m.nt. J.J. van Hees)	2.3.5.4
Rb. Utrecht 15 augustus 2001, NJ 2002, 291	9.3.2
Rb. Utrecht 30 november 2005, AU7468, JOR 2006/86 m.nt. NEDF	5.5
Rb. Utrecht 10 december 2003, AO0065, NJF 2004, 234, PrG 2004/6161	2.3.3
Rb. Zutphen 14 december 1916, W. 10295 (Ruurlasche Broek)	2.3.3
Rb. Zwolle 11 september 1996, PrG 1997, 4731	2.4.1.1
Rb. Zwolle 5 januari 2000, JOR 2000/135	8.6.4
Rb. Zwolle-Lelystad 11 januari 2006, AV4714	2.3.6.3
Pres. Rb. Amsterdam 11 februari 1988, NJ 1988, 923	2.3.6.1
Pres. Rb. Amsterdam 5 juni 1997, KG 1997, 197	7.8.5.2
Pres. Rb. Arnhem 26 mei 1998, KG 1998, 191	6.9.2.3
Pres. Rb. Assen 10 juli 1992, KG 1992, 264	2.4.1.5
Pres. Rb. Rotterdam 10 december 1996, KG 1997, 73	2.4.1.5
Ktg. Utrecht 20 januari 1927, NJ 1928, 66	2.3.2
Ktg. Terneuzen 19 augustus 1998, JOR 1999/43	8.6.4

### *België*

Cass. 6 februari 1913, Pasicrisie 1913.I.93	4.2
Cass. 16 september 1966, Arr. Cass. 1967, 67, Pasicrisie 1967. I.63 (Blieck)	4.2
Cass. 19 mei 1988, Arr. Cass. 1988, 1230, Pasicrisie 1988.I.1142, R.W. 1988-1989, 572	4.2
Cass. 17 oktober 1996, R.W. 1996-1997, p. 1395 m.nt. M.E. Storme (Sart-Tilman)	4.2
Cass. 4 april 2003, R.W. 2003-2004, p. 1689 m.nt. M.E. Storme	4.2

### *Frankrijk*

Conseil Constitutionnel 16 janvier 1982, D. 1983, 169; JCP 1982, II, 19788	9.4.1.1
Req. 18 mai 1831, S. 31.1.221	4.3.3
Req. 13 février 1834, D.P. 34.1.218, S. 34.1.205 (Caquelard c. Lemoine)	4.3.1
Civ. 16 décembre 1873, D.P. 1874.1.249	4.3.3
Civ. 18 janvier 1984, D. 1985 jur., p. 504 m.nt. F. Zénati; JCP 1986.II.20547	4.3.2, 4.3.3
Civ. 3 <sup>e</sup> , 19 novembre 1985, D. 1986, p. 497 m.nt. F. Zénati	4.3.3



Civ. com., 15 mars 1988, D. 1988, 331 note Pérochon	4.3.3
Civ. 3 <sup>e</sup> , 6 mars 1991, J.C.P. 1991.II.21890	4.3.3
Civ. 3 <sup>e</sup> , 4 mars 1992, D. 1992, p. 386	4.3.2
Civ. 21 janvier 1998, D. 1999, p. 571, note B. Mallet-Bricout	6.8.1
<i>Zuid-Afrika</i>	
Lorentz v. Melle, 1978 (3) SA 1044 (T)	4.4
Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and Another, 1999 (2) SA 419 (T)	4.4
<i>Duitsland</i>	
BGH 5 december 1996, BGHZ Band 134, nr. 18, p. 182	3.5.1.5
<i>Engeland</i>	
Chudleigh's case, KB 1589-1595, 1 Co. Rep. 113b, 76 Eng.Rep. 261	4.5.2
Keppell v. Bailey 39 Eng.Rep. 1042, (Ch. 1834), (1834) 2 My & K 517	4.5.2
Krell v. Henry, [1903] 2 KB 740	6.9.3
National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth, [1965] AC 1175	4.5.2
Ashburn Anstalt v. Arnold, [1989] Ch. 1 CA	4.5.2
Re Cosslett (Contractors) Ltd, [1997] Ch 23, [1997] 4 All ER 115	4.5.3
<i>Verenigde Staten</i>	
Benedict v. Ratner 268 US 353, 45 S.Ct. 566, 69 L.Ed. 991 (1925)	4.5.4



# TREFWOORDENREGISTER

absoluut recht	2.5.1.2, 2.5.3, 3.7.2.1
accessoriteit	2.3.6.2, 6.7.4, 7.4.1, 7.5.4.2
afgescheiden vermogen	2.3.5.4, 7.5.2.3, 7.5.3.4, 7.6, 7.9.1.3
afspiegelingsmodel	6.2, 7.2.2
afsplittingsmodel	3.7.2.2, 6.2, 6.6.1, 7.2.2
aftrekprincipe	zie subtractieprincipe
algemene bepalingen goederenrecht	2.2.1
algemene rechtsleer van Meijers	7.3.1, 7.4.2, 7.4.3.2, 7.5.3.1, 7.6.4
anti-speculatiebeding	6.7.5, 8.2.1.4, 9.2.1.1
Anwartschaftsrecht	3.5.2.1, 7.7.2.2
appartementsrecht	6.3.2, 6.9.3, 7.2.1, 8.2.1.2, 8.2.2, 8.2.3
arbeidsrecht	2.4.1.8
autonomie van goederenrecht	2.3.1, 3.4.2.8, 3.5.1.1, 3.5.2.2, 3.6.6
autonomiebeginsel	7.8.3.2, 9.5.1.2, 9.5.1.4
beheershandeling	7.8.4, 7.8.6
inbeheerneming	3.6.6, 9.2.1.1
beklemrecht	8.2.1.3
belastingen rechtsverkeer	6.5.2, 9.2.2.2
beleggingsfonds	7.5.6, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4, 7.9.1.5
benoemde typen	2.4.1.3, 5.2.1.2, 6.9.1.1, 6.9.4; zie ook etikettenkwesie
bepaaldheidsvereiste	9.3.5, 9.4.2.1, 9.5.1.2, 9.5.2
beperkt recht	
begrip -	2.5.1.2, 2.5.3, 3.5.1.3, 3.7.3, 6.2, 6.3.3
stapeling van -	6.3
wezen van -	6.5.2-3, 6.9.4
beschikkingsbevoegdheid	2.3.4, 3.7.2.1, 6.3, 7.8.3, 9.5.1.2
bevoegdheden	7.8.6
- t.a.v. andermans goed	7.3.5, 7.8.6, 7.9.1.4
bewind	2.2.3, 7.3.5, 7.5.3.3, 7.5.5, 7.8.3.1, 7.9.1.1
crediteuren-	2.2.3, 7.5.6
gesloten stelsel van -	2.2.3
meerderjarigen-	7.5.5, 7.8.3.1
testamentair -	7.8.3.1
bewoning, recht van	6.5.3, 6.9.1.2, 6.9.2.2, 8.2.1.1
bezit	3.4.2.1
Blaauboer/Berlips	2.3.1, 2.3.4
boetebedingconstructie	5.3.2
bruikleen	9.2.1.1
burenrecht	5.3.2, 6.6.2, 6.8, 7.3.4, 8.3.3, 8.5.2, 9.3.3.1
canonbetaling	6.5.2, 6.6.2, 6.8.1, 6.8.3
causaal stelsel	3.6.6, 9.5.1.2; zie ook leveringsbeginsel
ceel	2.4.1.2

cessie	
fiduciaire -	741
stille -	784,813,9514
Collateral Directive	zie financieelzekerheidsovereenkomst
contractsvrijheid	3511,3517,3522,765
conversie	7731,774,86
curator, faillissements-	7831,784,7911
derdenbescherming	3516,366,934,9512
dertiende penning, recht van	233
dijkettinge, recht van	zie weiderecht
domeinnaam	253,55
dwingend recht	6.4,851,853,9414
eenheidsbeginsel	6.9.2.2,722
effecten	zie Wge-rechten
Eggens	734,9333
eigendom	
-sbegrip	3513,3531,363,3.7,7733, 7912,9212,9221
economische -	634,751
elasticiteit van -	3723,621
gereguleerde -	6722,9.2.2.2
maatschappelijk gebonden -	9222
oneindigheid van -	3531,363,3724,771,8213
- en ownership	451,7521
tijdelijke -	zie eigendom, oneindigheid van -
verdiepings-	8212
voorwaardelijke -	7.7.2
eigendomsvoorbehoud	2362,433,7.7.2.2,7733, 7.7.4,7832,7922,9221,952
erfdienstbaarheid, recht van	231,232,3428,364,533, 632,662,663,734,832,833
erfpacht, recht van	3424,64,651,652,662,671, 675,6922,693,813,8211-4, 84,852,853,9222, zie ook toestemmingsbeding
onder-	2352,632
etikettenkwestie	5212,542,9222
etting, recht van	zie weiderecht
evenredigheidsbeginsel	9512,9514
executieoverschot	7435,744
fiducia cum amico	zie fiduciaire overdracht tot beheer
fiducia cum creditore	zie fiduciaire overdracht tot zekerheid
fiduciaire overdracht	763,7912,9221
- tot beheer	735,7.5,7911,9211
- tot zekerheid	2351,2362,3521,7.4,864

fiduciaverbod	2 1 5, 2 2 3, 2 3 5 1, 7 2 1, 7 4 2, 7.4.3, 7 9 2 1, 8.2.4.2, 8 5 4, 8 6 4, 9 4 2 3, zie ook fiduciaire overdracht
financieelzekerheidsovereenkomst	7 4 3 5, 8 5 3
footprint-constructie	6 9 2 3, 8 2 1 2
fructus	zie vruchttrekking
Fuller	5 2 2, 9 4 2 2, 9 5 1 1
Funktionswandel	8 4
gebruik	3 7 1, 8 1 4
recht van -	6 5 3, 6 9 1 2
gemeenschap	4 5 3, 6 9 3, 7 5 6, 7 6 2, 8 2 2, 9 3 3 1
gesloten systeem	zie numerus clausus
goed, begrip	2 5 1 1, 3 6 2
goederenrechtelijk recht	
aard van -	6 7 4
begrip -	2 5 1 4
Goudsmit	3 4 2 4, 3 4 2 7
grafrecht	2 3 2
grondrente, recht van	6 6 2, 8 2 1 3
half-open stelsel van goederenrecht	2 2 3, 6 4
Hahn	3 4 2 8
Haviltex	3 6 6, 7 4 3 3
heerschappijverdeling, theorie van	6 6 1
home owners association	9 2 2 2
huur en derdenwerking	2 4 1 8, 5 3 3, 6 3 2, 6.5.1, 6 7 3 1
huurbeding	7 3 4
hypotheek, recht van	3 6 6, 6 3 3
Immanenztheorie	9 3 3 3
imprevisio, goederenrechtelijke	5 3 2, 9 3 1, 9.3.2, 9 3 5, 9 5 1 2
inningsbevoegdheid	7.8.4
inschrijfbaarheid	zie registerstelsel
insnoerende verplichting	6 6 1, 6 6 4
intellectuele eigendomsrechten	2 5 1 2, 2 5 1 5, 2 5 3
IPR	1 2, 2 4 1 5, 6 7 3 2, 8 2 4 3
ius ad rem	3 5 1 4, 5 3 2, 9 2 1 1
ius commune	9 5 1 3
jachtrecht	3 4 2 2, 3 4 2 4, 7 3 4, 7 8 6
kabelnetwerk	9 5 3 2
kerkgenootschappen	2 4 1 1
kettingbeding	2 2 1, 2 3 1, 5 3 3, 6 4, 8 2 4 1, 8 3 1, 8 3 2, 9 2 1 1, 9 5 3 1
koophuur	9 2 2 2
kwalitatief recht	6 5 1, 6 7 3 1, 8 3 2
kwalitatieve verbintenis	zie kwalitatieve verplichting

kwalitatieve verplichting	2 2 1, 3 4 2 9, 3 6 4, 6 5 1, 6 6 3-5, 6 7 3 1-2, 6 8 3, 8 3 2, 8 6 6 2, 9 2 2 2
kwaliteitsrekening	2 3 5 4, 7 5 5, 7 6 2, 7 9 1 1
last	
-geving	7 5 5, 7 8 3 2, 7 8 3 3
privatieve -	zie privatieve last
testamentaire -	7 8 5 3
leenrecht	3 5 3 1, 9 4 1 1
legaat	8 2 4 3
legisme	2 5 3, 3 4 1 3, 3 4 2 1, 9 4 4
legitieme portie	7 3 4, 7 8 5 2, 7 8 6
legitimatie	5 4 5, 5 5, 9 5 1 2
levering c p , relativering van -	3 6 4, 7 4 1, 9 5 1 2
leveringsbeginsel	3 4 1 2, 3 4 2 7, 3 5 1 6, 3 5 2 1, 5 5, 9 5 1 2
machtiging	7 8 3 2
misbruik van bevoegdheid	7 9 1 2, 9 3 3 2
naastingsrecht	6 7 5
natrekking	2 3 6 1, 6 8 1, 6 9 2, 9 5 3 2
nawerking van de titel	6 8 1
nemo plus-beginsel	2 3 1, 2 3 4, 6 3, 6 3 4
normaalttypeleer van Meijers	5 3 3, 6 5 3, 7 3 3, 7 3 5
notaris	5 4 4, 7 5 5, 8 5 3, 9 2 1 1, 9 5 3 1
numerus clausus	3 5 1 4, 7 7 3 3, 9 5 1 4
- van absolute rechten	2 5 3, 7 3 6
- van bevoegdheden	7 3 5, 7 9 1
- van bewind	2 2 3
organisatorische functie van -	3 4 2 8, 5 5, 7 3 2, 9 2 1 2, 9 4 1 3
- van rechtspersonen	2 4 1 1, 2 4 2
term -	1 1, 1 6, 3 2, 9 4 1 4
- van uiterste wilsbeschikkingen	2 2 4, 7 8 5 1, 7 8 5 3
object	2 5 4, 3 7 1
onderhoudsverplichting	6 5 2, 6 6 2, 6 6 4, 6 7 1, 6 7 2 1, 8 6 6 2
onherroepelijke volmacht	2 2 3, 7 8 3 2
onsplitsbaarheidsbeginsel	7 9 2
Ontwerp 1816 en 1820	3 4 1 2
Ontwerp 1898	3 4 1 3
Ontwerp Van der Linden	3 4 1 1
open systeem	
- van rechtsoBJECTEN	2 5 4
- van vermogensrechten	2 5 3, 7 3 6, 9 5 1 1
openbare weg	2 3 2
openbare zaak	6 7 1, 6 9 2 2
opstal, recht van	2 3 6 1, 3 4 2 3, 6 3 4, 6 5 1, 6 7 5, 6 9 1 2, 6 9 2 2, 8 1 3, 8 2 1 1, 8 2 1 2, 8 4, 9 5 3 2
onder-	6 3 3

oude zakelijke rechten	2.3.2, 2.3.3
overbedeling	7.4.2, 7.5.3.2, 7.7.3.3, 7.9.2.1
overdraagbaarheid	2.1.3, 2.5.3, 3.5.1.5, 3.6.5, 5.5, 7.3.6, 7.8.3.3, 8.2.4, 9.2.2.2, 9.5.1.2
overdracht	<i>zie ook</i> fiduciaire overdracht; voorwaardelijke overdracht
- onder tijdsbepaling	7.7.3, 8.2.1.4, 8.2.4.1, 8.2.4.3, 8.5.4, 8.6.4
overgangsrecht	2.3.3
overpad, recht van	2.3.2, 6.5.3, 6.6.2
pand, recht van	6.7.2.1, 7.7.4, 9.2.1.1
stil -	2.2.3, 7.8.4
pandektistiek	3.5.1, 9.5.2
parate executie	7.3.4
paritas creditorum	2.1.1, 2.3.5.1, 5.2.1.4, 8.2.4.1
partijautonomie	2.3.2, 6.1, 6.4, 6.9, 9.4.3, 9.4.4
persoonlijkheidsrechten	7.3.1, 7.8.5.1
primaat van de wetgever	2.2.4, 2.5.3, 3.4.2.8, 3.4.2.10, 3.6.4, 5.2.2, 7.3.6, 7.6.5, 7.9.3, 9.4.2, 9.4.4, 9.5.2
privatieve last	7.8.3.2, 7.8.3.3, 7.9.1.5
procesrecht	2.4.1.5, 3.3
profiteren van wanprestatie	<i>zie</i> verbintenissen, derdenwerking van -
publiciteitsbeginsel	2.3.1, 5.2.1.1, 5.2.2, 5.4.4, 9.5.1.2, 9.5.1.4
Quint/Te Poel	2.4.1.3, 3.6.4, 9.4.3, 9.5.1.1
rechtsobject	2.5.4, 3.7.1
rechtspersoonlijkheid	2.4.1.1, 7.3.1, 7.6.4, 8.2.3
rechtsverkrijging, wijzen van	2.1.4, 2.2.2, 2.3.6, 2.3.6.3
rechtsvinding	2.2.2, 2.2.3, 7.3.1, 8.1.4, 9.4.3, 9.5.1.1, 9.5.1.2
rechtszekerheid	2.2.1, 2.2.2, 5.5, 6.4, 9.2.1.2, 9.4.1.3, 9.5.1.4
redelijkheid en billijkheid	9.3.3.1, 9.5.1.2
reele executie	9.2.1.1
registerstelsel	3.4.2.7, 5.4.4, 7.8.3.2, 8.6.5, 8.6.6.3, <i>zie ook</i> publiciteitsbeginsel
- en inschrijfbaarheid	5.5, 8.3.3
reïficatiebeginsel	2.5.4
relativering	3.5.2.1, 9.3.3.3, 9.3.5
retentierecht	2.1.1, 3.6.4, 9.2.1.1
revindicatie	9.2.1.1
-bevoegdheid	7.8.2
Romeins recht	3.3
ruimtelijke afbakening	6.9.1.2
samenloop	8.5
Savigniaanse model	3.5.1, 3.6, 9.1, 9.2.1, 9.2.1.2, 9.5.2
servituut	<i>zie</i> erfdienstbaarheid
Sogelease	2.3.5.1, 2.3.7, 7.4.3.1, 7.4.3.3, 8.2.3
splitsing	7.4.4, 7.5.1, 7.6.3, 7.7, 7.8.3.3, 7.9.1.1, 8.1.2, 9.2.1.2, 9.5.1.2

- in appartementsrechten	7 2 1, 8 2 1 2, 8 2 2
- van beheer en belang	7 3 3, 7 5 4 2
- van bevoegdheden	7.8, 7 9 1 1
horizontale -	6 9 2 2, 8 2 1 2
- en relativering levering c p	7 4 1
temporele -	6 9 3, 7.7
verticale -	6 9 1 2, 6.9.2 1, 8 2 1 2
stapelingsverbod	6 3.1
stellionaat	3 4 2 7
subjectief recht	2 3 4, 3 4 2 8, 3 7 2 6, 7.3,
	7 7 3 3, 7 8 5 3, 7 8 6, 7 9 1 2
substractieprincipe	2 3 4, 4 4 2, 6.6, 6 6 5, 6 8 4, 9 2 2 2
Suijling	3 4 2 10, 7 7 1
syndicaatszekerheden	7 5 4 2
taak rechter	7 4 3 5
testamentaire last, vervallenverklaring van -	6 8 3
testeerbevoegdheid	7 3 4, 7.8.5.1
tijdsbepaling, overdracht onder	7.7.3, 8 2 4 1, 8 5 4, 8 6 4
timeshare	5 4 2, 6 9 3, 8 2 3
toebehoren, begrip	2 5 1 6, 2 5 4, 7 8 6
toestemming	8 3 3, 8 6 6 2
toestemmingsbeding	5 4 4, 6 7 2 1, 6 7 5, 8 2 4 1, 8 3 3, 9 3 3 1
tracing	7 5 2 3
traditiestelsel	zie leveringsbeginsel
trust	2 2 3, 4.5.5, 7 5 1, 7.5.2.1, 7 5 3 1,
	7 5 4 2, 7 5 6, 7 8 5 3, 8 2 3, 9 3 5
-hypotheek	7 5 3 3, 7.5.4.1
Typenfixierung	2 1 2, 2 2 1, 2 2 4, 2 3 1
Typenzwang	2 1 1, 2 2 4, 3 4 2 2, 7 8 6
uiterste wilsbeschikking	2 1 1, 2 2 4, 7 8 5 1
utilitas	6 5 3, 6 9 1
verbintenissen	
bronnen van -	2 4 1 3
derdenwerking van -	3 5 1 8, 5 4 6, 9 2 1 1, 9 2 1 2
verdiepingseigendom	8 2 1 2
vereenzelvigingsprincipe	2 5 1 3, 6 3 3
vergunning	2 5 3, 5 5
verhandelbaarheid van goederen	3 5 1 5, 3 5 3 1, 5 3 2, 7 7 3 3, 7 7 4,
	7 8 3 2, 7 9 2 2, 8 2 4 3, 9 4 1 2, 9 5 1 2
verjaring	2 4 1 4, 9 5 1 2
verkrijging	zie rechtsverkrijging
vermogensrecht, begrip	2 5.1.3, 7.3.6
verplichting	
- tot een doen	zie verplichting in faciendo
kwalitatieve -	zie kwalitatieve verplichting
zakelijke -	zie zakelijke last



verplichting in faciendo	3 5 1 3, 3 5 3 1, 5 3, 6.6.5, 6 7 1, 6 7 4, 6 8 4, 9 3 5
vertegenwoordiging	7 9 1 1
middellijke -	7 8 3 2
verzameldepot	7 6 4, 7 9 1 1
voldoende verbandvereiste	2 2 1, 6.5, 6 7 4, 7 3 4, 7 8 6, 8 6 6 3
volledig recht, begrip	2 5 1 2, 2 5 2
volmacht	zie onherroepelijke volmacht
voogdij	7 3 3
voorrang	2 1 1, 2 3 5 4, 4 3 3
voortbrengselen van de geest	zie intellectuele eigendomsrechten
voorwaarde	7 7 4
ontbindende -	7 4 1, 7 7 1, 7 7 2 1, 8 2 4
-lijke overdracht	2 2 1, 3 6 6, 3 7 2 4, 7 5 6, 7.7.2, 8.2.4
vorderingsrecht	2 5 1 2, 7 8 4
- en inningsbevoegdheid	7.8.4
- en publiciteit	5 4 4
Vormerkung	3 6 4, 9 2 1 1
vruchtgebruik, recht van	2 3 5 3, 6 9 1, 6 9 1 2, 7 7 3 1, 7 7 3 3, 7 8 4, 8 2 1 1, 8 2 3, 8 6 3, 9 3 2
stil -	8 1 3
vruchtgenot	2 3 3, 3 4 2 4, 3 4 2 6
vruchttrekking	3 7 1, 6 5 1, 6 5 3, 7 8 6, 8 5 3
waardepapieren	2 4 1 2
waardevergoeding	6 8 1
weiderechten	2 3 2, 2 3 3
wet in formele zin	2 1 4, 5 5, 7 9 1 4
wetgeving	3 4 2 10, 5 2 1 4, 5 4 6, 9 4 2 4, 9 5 3 2, zie ook primaat van de wetgever
wetsontduiking	2 3 5 1, 7 4 3 3, 8.1.5
Wge-rechten	2 5 3, 7 5 5, 7.6.4, 8 2 3
wilsrecht	7 3 4, 7 7 4, 7 8 5 1
zaak	2 5 1 3, 2 5 2, 2 5 4, 3 5 1 2, 3 6 2, zie ook vereenzelvigingsprincipe
openbare -	6 7 1
zaaksgevolg	3 7 2 1
zaaksvorming	3 5 2 1
zakelijk recht, begrip	2 5 1 3, 3 5 1 1, 6 3 1, 6 3 3
zakelijke last	6 8 3
zekerheidsrechten	3 4 1 1, 4 3 3, 9 3 5
syndicaats-	7 5 4 2

# DANKWOORD

*Voor het onderzoek is materiële en immateriële ondersteuning verleend door*

de Katholieke Universiteit Brabant (thans Universiteit van Tilburg)  
de Katholieke Universiteit Nijmegen (thans Radboud Universiteit Nijmegen)  
de Niels Stensen Stichting te Amsterdam  
Mordenate College te Leiden  
de Universiteit van Stellenbosch  
NautaDutilh N.V.

*Ik ben verder veel dank verschuldigd aan met name*

Bas Kortmann, Corjo Jansen, Steven Bartels, Reinout Vriesendorp, Arend-Jaap van der Lely  
professor Hein Schermers †  
professor Bernard Rudden, professor sir Roy Goode, professor C.G. van de Merwe  
Gonnie Jakobs, Sandra Dixon,

en meer dan dit aan mijn ouders en mijn echtgenote.

# CURRICULUM VITAE

Teun Huib Desiderius Struycken werd op 30 oktober 1969 geboren te Nijmegen. Hij bezocht het Stedelijk Gymnasium Nijmegen (1981-1987) en studeerde Nederlands recht, civielrechtelijke differentiatiefase, aan de Rijksuniversiteit Leiden (1987-1992). Vervolgens behaalde hij een Diplôme d'études approfondies (DEA), droit privé général, aan de Université de Paris Panthéon-Assas (Paris II) (1992-1993) en de graad van Magister Juris (M.Jur) European and Comparative Law aan de Universiteit van Oxford (1993-1994). In het najaar van 1994 was hij onderzoeksassistent van professor sir Roy Goode, St. John's College, Oxford.

Na terugkeer in Nederland was hij tot augustus 1998 werkzaam als assistent in opleiding bij het Schoordijk Instituut, vakgroep privaatrecht, Katholieke Universiteit Brabant, en tussen 1998 en 2002 als docent bij de vaksectie burgerlijk recht van de Katholieke Universiteit Nijmegen. Sinds 1 januari 2003 is hij werkzaam als advocaat bij de sectie bankrecht van NautaDutilh te Amsterdam.

In het voorjaar van 1999 was hij twee maanden te gast bij de Universiteit van Stellenbosch. In het voorjaar van 2002 stelde een stipendium van de Niels Stensen Stichting hem in staat om 6 maanden als visiting researcher verbonden te zijn aan Harvard Law School.

Teun Struycken is thans redacteur van de Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten en van Vermogensrechtelijke annotaties, medewerker van Nederlands Internationaal Privaatrecht en overseas correspondent van de Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly.



# SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen

- 0 W C L van der Grinten, S C J J Kortmann, A J M Nuytinck, H Wammes (*red*),  
Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991
- 1 S C J J Kortmann, P J Dortmund, A W Kist, N E D Faber, A van Hees, F J P van den  
Ingh, A J M Nuytinck (*red*),  
Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994
- 2 S C J J Kortmann, N E D Faber (*red*),  
Geschiedenis van de Faillissementswet,  
Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994  
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994  
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995
- 3 A G van Solinge,  
Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en  
kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995
- 4 J Beuving,  
Factoring, Zwolle 1996
- 5 D J Hayton, S C J J Kortmann, A J M Nuytinck, A V M Struycken, N E D Faber  
(*red*),  
Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996
- 6 S C J J Kortmann, N E D Faber, J J van Hees, S H de Ranitz (*red*),  
De curator, een octopus, Deventer 1996
- 7 S C J J Kortmann, N E D Faber, A A van Rossum, H L E Verhagen, (*red*),  
Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997
- 8 J J van Hees,  
Leasing, Deventer 1997
- 9 G A J Boekraad,  
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997
- 10 S C J J Kortmann, F J Oranje, A A van Rossum, J W H van Wijk, (*red*),  
Overheid en onderneming, Deventer 1998
- 11 S C J J Kortmann, N E D Faber, E Loesberg (*red*),  
Corporate Governance *in perspectief*, Deventer 1998
- 12 W A K Rank,  
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële  
praktijk, Deventer 1998

- 13 S C J J Kortmann, W A K Rank, M H E Rongen, G van Solinge, H L E Verhagen (*red*),  
Onderneming en Effecten, Deventer 1998
- 14 R E van Esch,  
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999
- 15 C M Hilverda,  
Faillissementsfraude, Deventer 1999
- 16 Gerard van Solinge, M P Nieuwe Weme,  
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999
- 17 S C J J Kortmann, N E D Faber, J A M Strens-Meulemeester (*red*),  
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999
- 18 J Stuyck, M Waelbroeck, B L P van Reeken, S B Noe, F O W Vogelaar (*red*),  
Competition law in the EU and the Netherlands A practical guide, Deventer 2000
- 19 S O H Bakkerus,  
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000
- 20 C J M Klaassen,  
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000
- 21 J M A Berkvens, N E D Faber, S C J J Kortmann, A Oskamp (*red*),  
Onderneming en ICT, Deventer 2000
- 22 I P Asscher-Vonk, N E D Faber, S C J J Kortmann, E Loesberg (*red*),  
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001
- 23 J J Dammingsh,  
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken,  
Deventer 2002
- 24 S C J J Kortmann, C J H Jansen, G van Solinge, N E D Faber (*red*),  
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002
- 25 C J M Klaassen, R J N Schlossels, G van Solinge, L Timmerman (*red*),  
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003
- 26 Th C J A van Engelen,  
Onverkoopbare vermogensrechten Artikel 3 83(3) BW nader beschouwd, Deventer 2003
- 27 R H Maatman,  
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004
- 28 Ewan McKendrick,  
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004
- 29 D W Aertsen,  
De Trust Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht,  
Deventer 2004

30. C.G. van der Plas,  
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.
31. A. Steneker,  
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.
32. B.P.M. van Ravels,  
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.
33. N.E.D. Faber,  
Verrekening, Deventer 2005.
34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),  
Marktmisbruik, Deventer 2006.
35. R.H. Maatman,  
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.
36. B.F.L.M. Schim,  
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.
37. T.H.D. Struycken,  
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.





# **Stellingen behorende bij het proefschrift**

*De numerus clausus in het goederenrecht*

van T.H.D. Struycken

1. Zakelijke rechten zijn rechten die direct of indirect op een zaak rusten.
2. Een vuistloos pandhouder is geen houder. Een stil of vuistloos pandrecht is een converteerbaar voorrecht.
3. Naar Nederlands burgerlijk recht is het retentierecht te classificeren als een zakelijk zekerheidsrecht.
4. De termijnen in art. 3:99 BW voor verkrijgende verjaring door een bezitter te goeder trouw zijn in het licht van de vertrouwensbescherming krachtens art. 3:86 en 88 BW niet te rechtvaardigen.
5. Indien bij zekerheidsverlening op de goederen van een onderneming het beding van art. 3:254 BW is gemaakt, komt de waarde van de aan die goederen verbonden goodwill toe aan de zekerheidsgerechtigde schuldeiser.
6. Bij omzetting van een vuistloos pandrecht op grond van art. 3:237 lid 3 BW zoals geregeld in art. 496 Rv is het vereiste van een bevel om binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen uit art. 439 lid 1 Rv niet van toepassing, ook niet indien de verpande zaak zich in de macht van een derde bevindt.
7. Het is mogelijk om bij voorbaat afstand te doen van verkrijging door subrogatie van een vordering of daaraan verbonden nevenrechten.
8. In zijn arrest van 11 juni 1993, *NJ* 1993, 776 (Caravan Centrum Zundert) heeft de Hoge Raad miskend dat zowel naar Nederlands intern recht als naar Nederlands internationaal privaatrecht de vraag in hoeverre een toekomstige vordering kan worden gecedeerd niet de vatbaarheid voor cessie betreft in de zin van art 3:83 BW en art 12 lid 2 EVO, maar beantwoord moet worden in het kader van de voor overdracht geformuleerde eisen in art 3:84 j° 97 BW en de voor de goederenrechtelijke aspecten van cessie geldende verwijzingsregel.
9. Het Amerikaanse model van Article 9 van de Uniform Commercial Code – in de oorspronkelijke versie – is de enige leest waarop een toekomstig uniform Europees zekerhedenrecht kan worden geschoeid.
10. Een statutaire blokkeringsregeling in de vorm van een x%-regeling voor aandelen in een vennootschap ziet op het rechtssubject en kan daardoor geen onoverdraagbaarheid in de zin van art. 3:83 BW bewerkstelligen.

11. Verlof tot beslaglegging dient te worden beperkt tot individueel bepaalde goederen; niet voldoende is dat eventueel achteraf kan worden vastgesteld op welke goederen het beslag is komen te rusten.
12. De beslissing tot openbaarmaking van de oplegging van een boete uit hoofde van de financiële toezichtswetgeving moet worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht.
13. Het veelvuldig gebruik van het in 1963 gecreëerde instituut sprongcassatie (Wet van 20 juni 1963, *Stb.* 272), neergelegd in art. 398 sub 2 Rv., sinds de inwerkingtreding van het nieuwe Burgerlijke Wetboek in 1992 heeft de kwaliteit van de privaatrechtsontwikkeling nadelig beïnvloed.
14. *De algemene begrippen van het burgerlijk recht* van E.M. Meijers uit 1947 vormt een onlosmakelijk deel van de Toelichting Meijers.
15. De redacteurs van de Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Meijers hebben zijn belangrijkste geschrift (bespreking van een artikel van J. van Kuyk in *Themis* 1909/3, in *WPNR* 2104 (1910), p. 205-206) over het hoofd gezien.
16. Wetenschap is de kunst van het associatief denken.
17. Citeren is wetenschappelijk verantwoordder dan parafraseren.
18. Waar 'sic' wordt vermeld, is meestal 'slik!' bedoeld.
19. De Erfzonde is een verlossing.
20. Hoe dunner een proefschrift, des te beter.

